تبيين الحقائق

الجزء الخامس

من تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق تأليف الامام العالم
العامل العلامة البحر الحبر الفهامة فريد
دهره ووحيد عصره فخر الدين
عثمان بن علي الزيلعي الحنفي
نفعنا الله ببركته وأسكنه
فسيح جنته
آمين

وبهامشه حاشية الشيخ الامام العلامة العمدة الفهامة شهاب
الدين أحمد الشلبي على هذا الشرح الجليل
الجميع بالرحمة والرضوان وأسكنه
فسيح الجنان

الطبعة الاولى
بالمطبعة الكبرى الاميرية ببولاق مصر المحمية
سنة ١٣١٥
هجرية
(بالقسم الادبي)

فهرست الجزء الخامس من تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق

صحيفه	
٢	كتاب الاقرار
١٣	باب الاستثناء وما في معناه
٢٣	باب اقرار المريض
٢٩	كتاب الصلح
٣٤	فصل الصلح جائز عن دعوى المال الخ
٤١	باب الصلح في الدين
٤٥	فصل دين بينهما صالح أحدهما الخ
٥٢	كتاب المضاربة
٦٣	باب المضارب يضارب
٦٨	فصل اعلم أن ما يفعله المضارب ثلاثة أنواع
٧٦	كتاب الوديعة
٨٣	كتاب العارية
٩١	كتاب الهبة
٩٧	باب الرجوع في الهبة
١٠٢	فصل ومن وهب أمة لاحدهما الخ
١٠٥	كتاب الاجارة
١١٣	باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها
١٢٠	باب الاجارة الفاسدة
١٣٣	باب ضمان الاجير
١٤٣	باب فسخ الاجارة
١٤٩	كتاب المكاتب
١٥٦	باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله
١٦١	فصل ولدت مكاتبة من سيدها الخ
١٦٥	باب كتابة العبد المشترك
١٦٩	باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى
١٧٥	كتاب الولاء
١٧٨	فصل أسلم رجل على يد رجل الخ
١٨١	كتاب الاكراه
١٩٠	فصل وحرمة طرف الانسان كحرمة نفسه الخ
١٩٠	كتاب الحجر
٢٠٣	فصل بلوغ الغلام بالاحتلام الخ
٢٠٣	كتاب المأذون
٢٢١	فصل غير الاب والجد لا يتولى الخ
٢٢١	كتاب الغصب
٢٣٠	فصل غيب المغصوب وضمن قيمته ملكه
٢٣٩	كتاب الشفعة
٢٤٢	باب طلب الشفعة
٢٥٢	باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب
٢٥٧	باب ما تبطل به الشفعة
٢٦٤	كتاب القسمة
٢٧٨	كتاب المزارعة
٢٨٤	كتاب المساقاة
٢٨٦	كتاب الذبائح
٢٩٤	فصل فيما يحل وما لا يحل

تمت

تبيين الحقائق

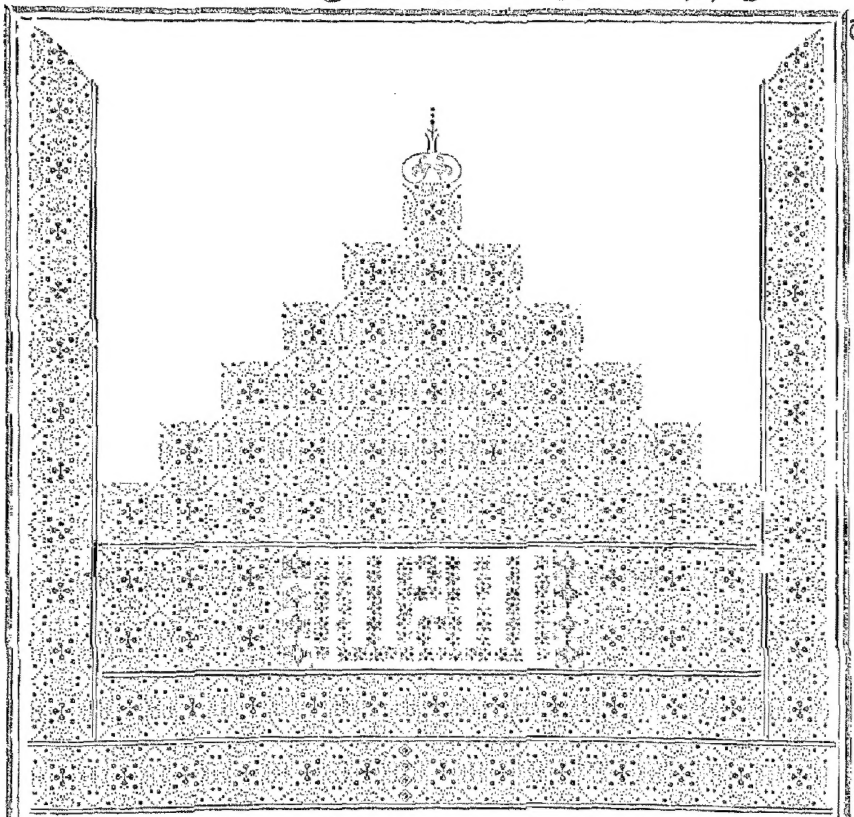
الجزء الخامس

من تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق تأليف الامام العالم
العامل العلامة البحر الحبر الفهامة فريد
دهره ووحيد عصره فخر الدين
عثمان بن علي الزيلعي الحنفي
نفعنا الله ببركته وأسكنه
فسيح جنته
آمين

وبهامشه حاشية الشيخ الامام العلامة العمدة الفهامة شهاب
الدين أحمد الشلبي على هذا الشرح الجليل تغمد
الجميع بالرحمة والرضوان وأسكنه
فسيح الجنان

الطبعة الاولى
بالمطبعة الكبرى الاميرية ببولاق مصر المحمية
سنة ١٣١٥
هجرية
(بالقسم الادبي)

قال الاتقانى رحمه الله انما ذكر هذه الكتب أعنى كتاب الاقرار وكتاب الصلح وكتاب المضاربة وكتاب الوديعة عقيب كتاب الدعوى للمناسبة لان المدعى عليه إما أن يقر أو ينكر فان أقر فبابه الاقرار وان أنكر فالانكار منازعة وخصومة والخصومة تستدعى الصلح فبعد ما ثبت له المال إما بالاقرار أو بالصلح لا يخلو إما أن يسترجع (٣) بنفسه أو بغيره والاسترباح بنفسه بالبيع وقد تقدم بابه والاسترباح بغيره هو المضاربة فان لم يرد الاسترباح فلا يخلو إما أن يحفظ المال بنفسه أو بغيره وحفظه بنفسه لا يتعلق به حكم فى المعاملات فبقى حفظه بغيره وهو الوديعة اه (قوله لانه اقرار على الغير) قال الولوالجى رحمه الله فى كتاب الاقرار عبد فى يدى رجل أقر رجل آخر أنه لفلان ثم قال هو حر ثم اشتراه فهو للمقر له لانه أقر بحرية عبد الغير ولو بدأ فقال هو حر ثم قال هو لفلان ثم اشتراه فهو حر لانه أقر بأخر لغيره فلا يصح اقراره اه قال الامام نجم الدين الزاهدى رحمه الله فى القنية فى كتاب أدب القاضى فى باب من يشترط حضرته لسماع البينة ما نصه وقد يكون خصما فى اليمين ولا يكون خصما فى البينة كمن اشترى عبدا وقبضه ثم أقر به لغير البائع فلان ودفعه الى المقر له ثم أقام بينة أنه كان للمقر له لرجع بالثمن على البائع لم تقبل بينته ولكن له أن يحلف البائع بالله ما كان للمقر له فان نكل رد الثمن اه (قوله وهو نظير ما اذا أقر الحر لانسان الخ) هذا الفرع ذكره الشارح فى باب الوصية بثلث المال اه وقد تقدم قبل فى الشارح بورقة أنه لو أقر لانسان بعبد الغير فكذبه المولى ثم ملكه المقر به ما عتق عليه فراجعه اه (قوله يؤمر بتسليمها الى المقر له) ولو أقر بهذه الدار التى فى يد فلان وقف على مسجد كذا ثم ملكها المقر فانه يؤمر بتسليمها الى المتولى هكذا أفتيت فى سؤال رفع الى والله الموفق اه ﴿ فرع ﴾ ذكره العمادى رحمه الله فى الفصل الثالث والعشرين معزيا الى أول اقرار فتاوى صاحب المحيط رحمه الله ان من أقر لانسان بشئ ثم صدقه المقر له



﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

﴿ كتاب الاقرار ﴾

وهو فى اللغة الاثبات يقال قر الشئ اذا ثبت وأقره غيره اذا أثبته وفى الشرع عبارة عن الاخبار بما عليه من الحقوق وهو وضع الجحود وشرط صحته أن يكون المقر بالغا عاقلا طائعا وكونه حرا ليس بشرط حتى يصح اقرار العبد وينفذ فى الحال فيما لا تهمة فيه كالحدود والقصاص وفيما فيه تهمة لا يؤاخذ به فى الحال لانه اقرار على الغير وهو المولى ويؤاخذ به بعد العتق لزوال المانع وهو نظير ما اذا أقر الحر لانسان بعين مملوكة لغيره لا ينفذ للحال واذا ملكها يوما يؤمر بتسليمها الى المقر له لزوال المانع وهذا لان الاقرار اخبار وليس بانشاء والاخبار فى ملك الغير صحيح فينفذ فى حق نفسه بخلاف الانشاء ولهذا لو أقر بالطلاق والعتاق مكرها لا يصح ولو كان انشاء لصح قال رحمه الله (هو اخبار عن ثبوت حق الغير على نفسه) هذا فى الشريعة وقد بيناه وقيده بأن يكون على نفسه لانه لو كان على غيره لغيره يكون شهادة

ثم ردّا قراره لا يصح الردّ اه وسيأتي هذا الفرع في كلام الشارح في الصفحة الآتية زيادة فائدة والله الموفق اه (قوله في المتن اذا أقر حرّ مكلف بحق) لم يرد أنه أقر بلفظ الحق بل بدينار أو درهم غير أنه عبر عنه بلفظ الحق كقول الرجل جاني فلان فان هذا غير منكر في حق القائل فعبر عن المعرف الذي عنده بالمنكر اه مستصفى (قوله ولا يصدق على أولاده الخ) قال في الخلاصة في آخر الفصل الثاني من الاقرار رجل وامرأة مجهولان لهما ابن صغير لا يتكلم أقرا بالرق على أنفسهما وعلى ابنهما جاز فان كان الابن يتكلم فقال أنا حرّ فالقول قوله ولو كان له أمهات الاولاد والمدبرون فاقراره بالرق لا يعمل في حقهم (٣) اه (قوله فيرتد بردّه) رجل قال لآخر أنا عبدك فقال الآخر لا ثم قال بلى أنت عبدي فانه عبده ولا يكون نفيه شيأ بخلاف مسئلة الجامع الصغير لان الرق لا يبطل بجحود المولى أما الاقرار بالدين والعين يبطل بالتكذيب اه خلاصة في آخر الفصل الثاني من الاقرار (قوله لان العبد مبقى على أصل الحرية) أي فيما هو من خواص الآدمية وذلك لان وجوب العقوبة بناء على الجناية والجناية بناء على كونه مكلفا وكونه مكلفا من خواص الآدمية اه اتقاني ﴿فرع﴾ ذكر في الجامع رجل قال ما في يدي من قليل أو كثير أو عبد أو متاع لفلان صح اقراره لانه عام وليس بمجهول فان جاء المقر له ليأخذ عبدا من يد المقر واختلفا فقال المقر له كان في يدك وقت الاقرار فهو لي وقال المقر لا بل ملكت هذا بعد الاقرار القول قول المقر الا أن يقيم المقر له بينة أنه كان في يد المقر وقت الاقرار لان المنكر متكرر دخول هذا العبد في الاقرار وا القول قوله وذكر في الاقرار ما يوافق رواية الجامع رجل قال ما في حانوتي لفلان ثم بعد أيام ادعى شيأ مما في الحانوت له ووضعه في الحانوت بعد الاقرار صدق وذكر في بعض روايات الاقرار أنه لا يصدق قال رحمه الله وهذه الرواية تخالف رواية الجامع قالوا أو بل الرواية الثانية اذا ادعى بعد الاقرار في مدة لا يمكنه ادخاله في الحانوت في تلك المدة بيقين وفي مسئلة الجامع اذا ادعى المقر حدوث الملك في زمان لا يتصور حدوثه فيه لا يقبل قوله اني ملكته بعد الاقرار اه قاضيخان في كتاب الدعوى في باب ما يبطل دعوى المدعي ﴿فرع آخر﴾ قال قاضيخان في كتاب الاقرار رجل قال جميع ما في يدي لفلان قال شمس الائمة السرخسي يرجع في البيان اليه ولا يعلم قبل البيان اه

ولنفسه يكون دعوى قال رحمه الله (اذا أقر حرّ مكلف بحق صح ولو مجهولا كشيء وحق) لان الاقرار حجة شرعية ثبت حجيته بالكتاب والسنة واجماع الامة والمعقول أما الكتاب فقوله تعالى وليملل الذي عليه الحق أمره بالاملال فلو لم يقبل اقراره لما كان لاملاله معنى وقد نهاه الله تعالى أيضا عن كتمان الحق بقوله تعالى وليتق الله ربه ولا يبخس منه شيأ فصار نظير أمره بأداء الشهادة ونهيه عن كتمانها وقوله تعالى بل الانسان على نفسه بصيرة أي شاهد قاله ابن عباس رضي الله عنهما وقوله تعالى كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم والمراد به الاقرار وأما السنة فما روي أنه عليه الصلاة والسلام رجم ماعزا والغامدية باقرارهما فاذا وجب الحد باقراره على نفسه فالمال أولى أن يجب وأما الاجماع فلان الامة أجمعت على أن الاقرار حجة في حق نفسه حتى أوجبوا عليه الحدود والقصاص باقراره وان لم يكن حجة في حق غيره لعدم ولايته عليه فالمال أولى وأما المعقول فلان العاقل لا يقر على نفسه كاذبا عامدا فيه ضرر على نفسه أو ماله فترجحت جهة الصدق في حق نفسه لعدم التهمة وكمال الولاية بخلاف اقراره في حق غيره حتى لو أقر بمجهول النسب بالرق جاز ذلك على نفسه وماله ولا يصدق على أولاده وأمهاتهم ومدبريه ومكاتبيه بخلاف ما اذا ثبت ذلك بالبينة لان البينة انما تصير حجة بالقضاء والقاضي ولايته عامة فينفذ في حق الكل أما الاقرار فحجة بنفسه ولا يحتاج فيه الى القضاء فينفذ عليه وحده لما ذكرنا الا اذا ردّ المقر له فيرتد بردّه ولو صدقه ثم ردّه لا يصح ردّه ولكن اذا كان يعلم انه كاذب في اقراره لا يحل له أخذه عن كره منه فيما بينه وبين الله تعالى الا اذا سلمه له بطيب من نفسه حل فيكون هبة مبتدأة منه وشرط الحرية ليصح اقراره مطلقا لان العبد المحجور عليه يتأخر اقراره بالمال الى ما بعد العتق وكذا المأذون له يتأخر اقراره عما ليس من باب التجارة كاقراره بالمهر بوطء امرأة تزوجها بغير اذن مولاه وكذا اذا أقر بجناية موجبة للمال لا يلزمه لان الاذن لم يتناول الا التجارة فلم يكن مسلطا عليه بخلاف ما اذا أقر بالحدود والقصاص لان العبد مبقى على أصل الحرية في حقهما ألا ترى أن اقرار المولى لا يصح عليه فيه وشرط التكليف لان اقرار الصبي والمعتوه والمجنون لا يصح لانعدام أهلية الالتزام الا اذا كان الصبي أو المعتوه مأذونا له فيصح اقراره بالمال لكونه من ضرورات التجارة لانه لو لم يصح اقراره لا يعامله أحد فلا يجد بدا من قبض في الاذن كل ما كان طريقه التجارة كالديون والودائع والعواري والمضاربات والغصوب فيصح اقراره فيها لاتحاقه في حقها بالبالغ العاقل لان الاذن يدل على عقله بخلاف ما ليس من باب التجارة كالمهر والجناية والكفالة حيث لا يصح اقراره بها لان التجارة مبادلة المال بالمال والمهر مبادلة مال بغير مال والجناية ليست بمبادلة والكفالة تبرع ابتداء فلا تدخل تحت الاذن والنائم والمغمى عليه كالمجنون لعدم التمييز واقرار السكران جائز مطلقا اذا كان سكره بطريق محظور لانه لا يلغى في الخطاب الا اذا أقر بما يقبل الرجوع كالحدود الخالصة حقا لله تعالى لان السكران لا يكاد يثبت على شيء وأقيم السكر مقامه فيما يحتمل الرجوع فلا يلزمه شيء وان سكر بطريق مباح كالشرب مكرها لا يلزمه شيء وكذا

(قوله ولو مجهولا الخ) قال في البناية بيع قوله بحق يريد به أن يقول لفلان علي حق فاذا قال ذلك لزمه أن يبين ماله قيمة وان قال عنيت به حق الاسلام لم يصدق وعلى هذا اذا قال لفلان علي شيء فانه يجبر على بيان ماله قيمة سواء كان قليلا مثل الجوزة والحنطة من الحنطة والشعير وغيرهما (١) كالدراهم والدنانير والابرار وغيرها اه (قوله بأن قال علي ألف درهم لواحد الخ) قال الاتقاني بخلاف جهالة المقر له فانها تمنع صحة الاقرار نحو أن يقول لزيد على ألف درهم فلا يصح الاقرار لان زيدا في الدنيا كثير الا اذا عين كذا في شرح الطحاوي هذا اذا كانت الجهالة متفاحشة فان لم تتفاحش فلا (٤) تمنع صحة الاقرار ولهذا قال في باب الاقرار بعلامة الواو من الواقعات الحسامية جارية في يدي رجل فقال ان هذه لاحد هذين الرجلين جاز ويحلف لكل واحد منهما اذا ادعاها ولو قال هذا العبد لواحد من الناس لا يجوز لان هذا اقرار للمجهول جهالة متفاحشة اه (قوله فلا يفيد فائدته) أي لان فائدته الجبر على البيان ولا يجبر عليه هنا اه (قوله وان لم تتفاحش جاز) أي نحو أن يقول هذا العبد لاحد هذين الرجلين فانهما اذا اتفقا على أخذه كان لهما حق الاخذ كذا في مبسوط أبي اليسر اه مستفتى وكتب على قوله وان لم تتفاحش ما نصه والاصح أنه يصح لانه يفيد اذ فائدته وصول الحق الى المستحق وطريق الوصول باب لانهما اذا اتفقا على أخذه فلهما حق الاخذ قاله الكاكي رحمه الله تعالى اه (قوله وهو الاصح) هذا التصحيح موافق لما نقلته عن الكاكي اه (قوله في المتن وبين ماله قيمة) أي قل أو كثر نحو حبة أو فلس أو جوزة أو ما أشبه ذلك ولا يعلم فيه خلاف قاله الكاكي وقال الاتقاني عند قوله ويقال له بين المجهول يعني اذا لزمه ما أقر به مجهولا يقال له بين المجهول التمانع وذلك لان الاجمال وقع من جهته فعليه البيان ولكن يبين شيأ يثبت في الذمة قل أو كثر نحو أن يبين له حبة أو فلسا أو جوزة أو ما أشبه ذلك أما اذا بين شيأ لا يثبت في الذمة لا يقبل منه نحو أن يقول عنيت حق الاسلام أو كفلس من تراب أو نحوه كذا في شرح الطحاوي اه (قوله فلا يقبل) قال الكاكي ويقبل تفسيره بالكلب وبه قال الشافعي في وجه وأحمد في رواية ومالك اه (قوله لا يصح) يعني لو بين في الغصب بأن المغصوب زوجته أو ولده قيل يصح لان لفظ الغصب يطلق على الزوجة وعلى الولد والاكثر أنه لا يقبل تفسيره اه كفاية

شرب النخذ من المحبوب أو العسل عندهما خلافا لمحمد رحمهم الله وقوله ولو مجهولا كشيء وحق أي ولو كان المقر به مجهولا بأن قال علي شيء أو حق يلزمه لان الحق قد يلزمه مجهولا بأن تلف مالا أو يجرح جراحة أو يبقى عليه باقية حساب لا يعرف قيمته ولا ارشها ولا قدرها وهو محتاج اليه لابراء ذمته بالايفاء أو التراضي فلا يمنع صحة الاقرار بخلاف الشهادة لانها لا تجوز الا بالعلم قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون وقال عليه الصلاة والسلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع ولان الشهادة لا توجب الا بقضاء القاضي ولا يمكنه القضاء بالمجهول فيبطل اذ لا حاجة للشهود بدون العلم لانها غير واجبة عليهم وبخلاف الجهالة في المقر له سواء تفاحشت الجهالة بأن قال على ألف درهم لواحد من الناس أو لم تتفاحش بأن قال على ألف لاحد هذين لان المجهول لا يصلح مستحقا اذ لا يمكن جبره على البيان من غير تعيين المدعى فلا يفيد فائدته هكذا ذكر شمس الأئمة وذكر شيخ الاسلام في مبسوطه والناطفي في واقعاته أنها اذا تفاحشت لا يجوز وان لم تتفاحش جاز لان صاحب الحق لا يعدو من ذكره وفي مثله يؤمر بالتذكر لان المقر قد ينسى صاحب الحق ولا يجبر على البيان لانه قد يؤدي الى ابطال الحق عن المستحق والقاضي نصب لايصال الحق الى مستحقه لا لابطاله فصار نظير ما اذا أعتق أحد عبديه ثم نسيه بخلاف جهالة المقر به لان الاجبار على البيان لا يؤدي الى ابطال حقه وبخلاف اعتاق أحد العبدين لان العتق لم ينزل في المحل فلا يؤدي الاجبار الى ابطال حقه ولان المقر لهما اذا اتفقا على الاخذ من المقر واصطلحا بينهما أمكن دعواهما فيصح اقراره وقال في الكافي وهو الاصح ولو كان المقر عليه مجهولا بأن قال لك علي أحدنا ألف درهم لا يصح لان المقضي عليه مجهول ذكره في النهاية قال رحمه الله (ويجبر على بيانه) لانه لزمه الخروج عما وجب عليه بالاقرار وهذا لان كثيرا من الاسباب يتحقق مع الجهالة كالغصب والوديعة لان الانسان يغصب ما يصادف و يودع ما عنده من غير تحرز في قدره وجنسه ووصفه فيحمل عليه ما لم يفسر السبب فيصح حتى لو فسره بالبيع أو الاجارة لا يصح اقراره لان هذه العقود لا تصح مع الجهالة فلا يجبر على البيان والاصل فيه أنه متى أقر بمجهول وأطلق ولم يبين السبب يصح و يحمل على أنه وجب عليه بسبب يصح مع الجهالة كالغصب ونحوه وان بين السبب ينظر فان كان سببا لا تضره الجهالة فكذلك وان كان سببا تضره الجهالة كالبيع والاجارة لا يصح ولا يجبر ألا ترى أن القاضي لو رأى انسانا يبيع شيأ غير معين أو يشتري بشيء من غير تقدير لم يجبره على الاداء فكذا اذا أقر به ولو عاينه يغصب شيأ لا يعرف قدره أو يودعه أمره بالتسليم الى صاحبه فكذا اذا أقر به قال رحمه الله (و يبين ماله قيمة) لانه أخبر عن الواجب في ذمته وما لا قيمة له لا يجب فيها فاذا بينه فيه يكون رجوعا فلا يقبل وذلك مثل حبة حنطة أو قطرة ماء أو ما أشبه ذلك لان مثله لا يجب في الذمة عادة ولا يجري فيه التمانع ولو بين في الصبي الحر أو الزوجة لا يصح وقيل يصح والاول أصح وعلى هذا الخلاف لو بينه بجلد الميتة وكذا لو أقر بغصب شيء لا يسمع منه الا اذا بين بماله قيمة لان لفظ الغصب يدل على أنه يجري فيه

(١) قوله كالدراهم هكذا في الاصل ولعله سقط قبله أو كثير المقابل قوله قليلا وليحرر اه مصححه

(قوله ولو قال في قوله علي حق الخ) وذكر في المحيط والمستزاد أنه ان قال ذلك موصولا لا يصدق لانه بيان تغير باعتبار العرف لانه لا يراد به في العرف حق الاسلام اه كفاية (قوله لانه لا يراد به ذلك عرفا) أي انما يراد به حقوق مالية اه (قوله في المتن ومال عظيم نصاب) قال في الشامل في قسم المبسوط في كتاب الاقرار لو قال درهم عظيم يلزمه درهم واحد لانه معلوم القدر فيكون العظم صفة لغرضه وذكر في شرح الاقطع ناقلا عن المنتقى في المال القليل انه درهم ونقل في الاجناس عن نوادر هشام عن محمد أنه لو قال لفلان علي مال لا قليل ولا كثير يلزمه مائتا درهم لانه لما قال لا قليل لزمه الكثير والمال الكثير في الشرع مائتا درهم وقال شمس الائمة البيهقي في كفايته عن أبي يوسف قال لفلان علي دراهم مضاعفة يلزمه ستة لان أقل الدراهم ثلاثة والتضعيف أقله مرة فيضعف مرة قال له علي دراهم أضعافا مضاعفة أو قال مضاعفة أضعافا عليه ثمانية عشر لان الاضعاف (٥) جمع الضعف فتضاعف ثلاثة ثلاث مرات فكان تسعة وقوله مضاعفة يقتضي ضعف ذلك فيكون ثمانية عشر قال وفي الصورة الثانية الدراهم المضاعفة ستة وأضعافها ثلاث مرات فيكون ثمانية عشر قال علي عشرة وأضعافها مضاعفة عليه ثمانون درهما لان أضعاف العشرة ثلاثون فاذا ضمت الى العشرة كان أربعين فأوجبها مضاعفة فتكون ثمانين الى هنا لفظ الكفاية وقال في شرح الاقطع وهذا كله اذا قال مال عظيم من الدراهم فان لم يقل من الدراهم صدق في أي جنس ذكر فان كان مما تجب فيه الزكاة لم يصدق في أقل من نصاب منه وان كان مما لا نصاب له صدق (١) ببلغ قيمة النصاب وقال في الفتاوى الصغرى لو قال مال نفيس أو كريم أو خطير أو جليل قال الناطفي لم أجده منصوصا عليه وكان الجرجاني رحمه الله يقول يلزمه مائتان

التمانع وهو المتقوم ولو قال في قوله علي حق أردت به حق الاسلام لا يصدق لانه لا يراد به ذلك عرفا وعليه التعويل قال رحمه الله (والقول للمقر مع يمينه ان ادعى المقر له أكثر منه) لانه المنكر قال رحمه الله (وفي مال لم يصدق في أقل من درهم) يعني اذا قال لفلان علي مال لم يصدق في أقل من درهم لان ما دونه من الكسور لا يطلق عليه اسم المال عادة وهو المعتبر قال رحمه الله (ومال عظيم نصاب) لانه أقر بمال موصوف بالعظم فيعتبر هذا الوصف والنصاب عظيم في الشرع حتى اعتبر صاحبه غنيا وأوجب عليه مواساة الفقراء وكذا عرفا حتى يعد من الاغنياء عادة وعن أبي حنيفة رحمه الله انه لا يصدق في أقل من عشرة دراهم لانه نصاب السرقة والمهر وهو عظيم حيث تقطع به اليد المحترمة ويستباح به البضع المحترم وعنه مثل جواب الكتاب وهو قولهما ثم يعتبر أن يبلغ نصابا يؤخذ من جنسه الزكاة من المال الذي بينه فيه حتى اذا بينه في الابل لا يصدق في أقل من خمس وعشرين لان ما دون ذلك قليل حيث لا تجب فيه الزكاة من جنسه والاصح أنه على قوله يبنى على حال المقر في الفقر والغنى فان القليل عند الفقير عظيم وأضعاف ذلك عند الغني ليس بعظيم وهو في الشرع متعارض فان المائتين في الزكاة عظيم وفي السرقة والمهر العشرة عظيمة فيرجع الى حاله ذكره في النهاية وحواشي الهداية معزيا الى المبسوط قال رحمه الله (وأموال عظام ثلاثة نصب) يعني من أي مال فسره به لان أقل الجمع ثلاثة فلا يصدق في أقل منه لتيقن به وان بينه بغير مال الزكاة يعتبر أن تبلغ قيمته قدر ثلاثة نصب ويعتبر الادنى في ذلك لتيقن به وينبغي على قياس ما روي عن أبي حنيفة أن يعتبر فيه حال المقر كما ذكرنا قال رحمه الله (ودراهم كثيرة عشرة) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يصدق في أقل من مائتين لان صاحب النصاب مكثر ولهذا وجب عليه مواساة غيره وله أن العشرة أقصى ما يذكر بلفظ الجمع فكان هو الاكثر من حيث اللفظ فيصرف اليه وعلى هذا الخلاف اذا قال على دنانير كثيرة عندهما ينصرف الى النصاب وعنده الى العشرة وعلى هذا اذا قال علي ثياب كثيرة أو وصائف كثيرة فعنده عشرة وعندهما يلزمه ما يساوي مائتي درهم وان قال غصبت ابلا كثيرة أو بقرا كثيرة أو غنما كثيرة أو حنطة كثيرة ينصرف الى أقل نصاب يؤخذ منه ما هو من جنسه عندهما وهو خمسة وعشرون من الابل والثلاثون من البقر والاربعون من الغنم وخمسة أوسق من الحنطة وعنده يرجع الى بيان المقر ولو قال علي مال نفيس أو كريم أو خطير أو جليل قال الناطفي لم أجده منصوصا عليه وكان الجرجاني رحمه الله يقول يلزمه مائتان

قال الناطفي لم أجده منصوصا وكان الجرجاني يقول مائتان اه اتقاني سيأتي هذا الفرع والذي قبله في كلام الشارح (قوله والاصح أنه على قوله يبنى الخ) قال في التحفة وقيل يعتبر على قول أبي حنيفة مال المقر ان كان غنيا يقع على ما يستعظم عند الاغنياء وان كان فقيرا يقع على النصاب اه غاية (قوله وقالا لا يصدق في أقل من مائتين) وقال الشافعي يصدق في ثلاثة دراهم ولا يصدق في أقل من ذلك اه اتقاني (قوله فيصرف اليه) قال الشيخ أبو نصر البغدادي والفرق لابي حنيفة بين قوله دراهم كثيرة وبين قوله مال عظيم أن الدراهم تفيد العدد لان الكثرة تكون بزيادة العدد فاعتبر الكثرة التي ترجع الى العدد وقوله عظيم لا يتضمن عددا فوجب أن يحمل على المستعظم لان من حيث العدد والعظيم في الشرع ما يصير به غنيا فتجب الزكاة بنفسه فاعتبر ذلك اه غاية (قوله أو وصائف) الوصيف الغلام دون المراهق والوصيفة الجارية كذلك والجمع وصفاء ووصائف مثل كريم وكرماء وكريمة وكرائم اه مصباح

(قوله في المتن كذا درهما درهم) قال في الهداية ولو قال كذا درهما فهو درهم قال الاتقاني ذكره تفريعا على مسئلة القدوري ولم يذكره في الاصل وقال الامام شرف الدين أبو حفص عمر بن محمد بن عمر الانصاري العقيلي البخاري في كتاب المنهاج وان قال له علي كذا درهما لزمه ما بينه أقول كان ينبغي أن يلزمه في هذا أحد عشر لانه أول العدد الذي يقع تمييزه منصوبا هكذا نقل عن أهل اللغة واذا كان كذلك ينبغي أن لا يصدق في بيانه بدرهم والقياس فيه ما قاله في مختصر الاسرار اذا قال له علي كذا درهما لزمه عشرون لانه ذكر جملة وفسرها بدرهم منصوب وذلك يكون من عشرين الى تسعين فيجب الاقل وهو عشرون لانه متيقن اه (قوله وذكر في التتمة) محالا الى الجامع الصغير اه قارئ الهداية (قوله قيل يلزمه عشرون) وبه قال ابن عبد الحكم المالكي اه (قوله روى عن محمد أنه يلزمه مائة) أي وان قال كذا كذا درهم يلزمه ثلاثمائة لانه ذكر عددين مبهمين ولم يذكر بينهما واوا العطف وذكر الدرهم عقيبهما بالخفض وأقل ذلك من العدد المصرح ثلاثمائة لان ثلاثا عدد ومائة عدد وليس بينهما حرف العطف ويستقيم ذكر الدرهم بالخفض عقيبهما اه اتقاني (قوله والمعتبر هو الوزن الخ) قال صاحب الهداية وينصرف (٦) الى الوزن المتعارف أي بين الناس وذلك لان المطلق من الالفاظ ينصرف الى المتعارف وهو غالب نقد البلد ولا يصدق في أقل من ذلك لانه يريد الرجوع عما اقتضاه كلامه قال في تحفة الفقهاء لو قال علي ألف درهم فهو على ما يتعارفه أهل البلد من الاوزان أو العدد وان لم يكن شيء متعارفا فيحمل على وزن سبعة فانه الوزن المعتبر في الشرع وكذلك في الدينار يعتبر وزن المثاقيل الا في موضع متعارف فيه بخلافه ولو قال فلان علي دريهم أو دنيئر فعليه الاقل لان التصغير قد يذكر لصغر الحجم وقد يكون لاستحقار الدرهم وقد يكون لخفة الوزن فلا ينقص الوزن بالشك الى هنا لفظ التحفة وقال الحاكم الشهيد في الكافي واذا قال الرجل لفلان علي مائة درهم عددا ثم قال بعد ذلك هي وزن خمسة أو وزن ستة وكان الاقرار منه بالكوفة فعليه مائة درهم وزن سبعة ولا يصدق على النقصان اذا لم يبين وزنها موصولا بكلامه وكذلك الدنانير وان كانوا في بلاد يتبايعون على دراهم معدودة والوزن بينهم ينقص عن سبعة صدق اذا ادعى أن الذي أقر به هو على وزنهم ولا يصدق ان ادعى وزنا دون ذلك وان كان نقد البلد مختلفا فهو على الاقل من ذلك الى هنا لفظ الكافي اه اتقاني (قوله في المتن كذا كذا أحد عشر) والزيادة تقف على بيانه اه اتقاني (قوله في المتن كذا وكذا أحد وعشرون) والزيادة موقوفة على بيانه اه اتقاني (قوله من غير حرف عطف بينهما أحد عشر) أي وأكثره تسعة عشر فانه يقال أحد عشر درهما الى تسعة عشر الا أن الاقل يلزمه من غير بيان والزيادة تقف على بيانه اه اتقاني (قوله وبحرف عطف بينهما أحد وعشرون) قال الاتقاني وان قال كذا وكذا فقد ذكر عددين مبهمين معطوفا أحدهما على الآخر بواو العطف وذكر عقيبهما درهما بالنصب فيجعل عبارة عن عددين مصرحين بينهما واو العطف يستقيم ذكر الدرهم عقيبهما بالنصب وأقل ذلك أحد وعشرون وأكثره تسعة وتسعون الا أن الاقل يلزمه من غير بيان والزيادة تقف على بيانه ولا يجوز أن يجعل كذا عبارة عن الدرهم الواحد لان الدرهم عقيب الواحد لا يذكر بالنصب وانما يذكر بالرفع فيقال واحد درهم أو درهم واحد اه

قال رحمه الله (ودراهم ثلثة) يعني اذا قال علي دراهم يلزمه ثلاثة دراهم لانه أقل الجمع الصحيح فصار متيقنا به والزائد على ذلك مشكوك فيه وروى ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله أنه اذا قال له علي دراهم مضاعفة فعليه ستة دراهم لان أدنى الجمع ثلاثة وضعفها ستة ولو قال دراهم أضعافا مضاعفة يلزمه ثمانية عشر درهما لان اضعافا لفظ جمع وأقله ثلاثة فتصير تسعة ثم بالمضاعفة تصير ثمانية عشر وكذا اذا عكس بأن قال علي دراهم مضاعفة أضعافا لانها بالمضاعفة تصير الثلاثة ستة ثم بالاضعاف وهو جمع تصير ثمانية عشر قال رحمه الله (ولو قال كذا درهما درهم) لانه تفسير للمبهم وذكر في التتمة والذخيرة وغيرهما يلزمه درهمان لان كذا كناية عن العدد وأقل العدد اثنان اذ الواحد لا يعد حتى يكون معه شيء آخر وفي شرح المختار قيل يلزمه عشرون وهو القياس لان كذا يذكر للعدد عرفا وأقل عدد غير مركب يذكر بعده الدرهم بالنصب عشرون ولو ذكره بالخفض روى عن محمد أنه يلزمه مائة لانها أقل عدد يذكر بعده الدرهم بالخفض ولو قال علي درهم عظيم يلزمه درهم واحد لان الدرهم معلوم القدر في نفسه فلا يزداد قدره بقوله عظيم لانه وصف له ولو قال علي دريهم فعليه درهم تام لان التصغير قد يذكر على طريق الاستقلال فلا ينقص عن الوزن والمعتبر هو الوزن المتعارف في كل زمان ومكان وكذا في الدنانير لان التعامل يجري على المتعارف عادة فلا يعرض عنه الا بحجة قال رحمه الله (كذا كذا أحد عشر كذا وكذا أحد وعشرون ولو ثلث بالواو يزاد مائة ولو ربع زيد ألف) لان هذه الكلمات مبهمة فيجب حملها على نظيرها من المفسر فأقل عددين يذكران من غير حرف عطف بينهما أحد عشر وبحرف عطف بينهما أحد وعشرون وثلاثة أعداد بحرف العطف مائة وأحد وعشرون وأربعة أعداد بثلاثة حروف ألف ومائة وأحد وعشرون ولو ثلث بلا واو يجب أحد عشر لانه لا نظير له فلا يزاد على الاول ولو خمس بالواو ينبغي أن يزاد عشرة آلاف ولو سدس يزاد مائة ألف ولو سبع يزاد ألف ألف وعلى هذا كلما زاد عددا معطوفا بالواو يزيد عليه ما جرت العادة به الى ما لا يتناهى ولو قال كذا كذا درهما ودينارا فعليه أحد عشر منهما

(قوله فيلزمه النصف من كل واحد منهما) قال الانقانى ولو قال على كذا كذا دينارا ودرهما كان عليه أحد عشر منهما جميعا لانه أقر بعددين من جنسين فوجبا منهما جميعا وكيف يقسم القياس أن يكون خمسة ونصف من الدراهم وخمسة ونصف من الدنانير الا أنا نقول لو فعلنا ذلك أدى الى الكسر وليس فى لفظه ما يدل على الكسر فيجعل ستة من الدراهم وخمسة من الدنانير فصرفناه اليهما احتياطا كذا ذكر علاء الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى اه وهو مخالف لقول الشارح فعليه أحد عشر منهما بالسوية والله الموفق اه وفى فتاوى قاضيخان ولو قال كذا كذا دينارا ودرهما لزمه من كل واحد نصف أحد عشر اه (قوله فى المتن على وقبلى اقرار الخ) قال الانقانى أما قوله على فانما كان اقرارا بالدين بسبيل الاقتضاء وان لم يذكر الدين صريحا لان كلمة على

(٧) تستعمل فى الايجاب قال الله تعالى ولله على الناس حج البيت ومحل الايجاب الذمة والثابت فى الذمة الدين لا العين فصار مقرا بالدين مقتضى قوله على والثابت اقتضاء كالثابت نصا ولو نص فقال لفلان على ألف درهم دين كان مقرا بالدين لا بالعين فكذلك هذا اه (قوله قبالة) قال فى المصباح وتقبلت العمل من صاحبه اذا التزمته بعقد والقبالة بالفتح اسم المكتوب به من ذلك لما يلتزمه الانسان من عمل ودين وغير ذلك قال الزمخشرى كل من تقبل بشئ متطاعة وكتب عليه بذلك كتابا فالكتاب الذى يكتب هو القبالة بالفتح والعمل قبالة بالكسر لانه صناعة اه (قوله وارادة الحال) الى هنا آخر الخرم الذى فى نسخة الشارح التى تقدم ذكرها فى باب دعوى النسب عند قول الشارح بخلاف ما اذا كان الولد الخ

بالسوية لانه ذكر عددا مبهما وأشرك فيه جنسين فيلزمه النصف من كل واحد منهما بخلاف ما اذا قال كذا كذا درهما وكذا كذا دينارا حيث يلزمه من كل واحد منهما أحد عشر لانه أضاف كل واحد من العددين الى كل واحد من المالين وعلى هذا فى المفسر فانه اذا قال على أحد عشر درهما ودينارا لزمه من كل واحد منهما النصف ولو قال على أحد عشر درهما وأحد عشر دينارا يلزمه من كل واحد منهما أحد عشر والاصل فيه انه متى ذكر مقدارا وأضافه الى صنفين من المال يجب نصف كل واحد منهما كما اذا أقر لرجلين يقسم عليهما نصفين مثاله اذا قال على مائة مثقال ذهب وفضة أو كر حنطة وشعير يجب عليه نصف كل واحد منهما ولو قال لفلان على عشرة دراهم ونيف فالبيان فى النيف اليه فان فسره بأقل من درهم جاز لان النيف عبارة عن الزيادة يقال جبل منيف اذا كان زائدا على الجبال ولو قال على بضعة وعشرون درهما لزمه ثلاثة وعشرون لان البضعة أوتار العشرة ثلاثة وخمسة وسبعة وتسعة فيلزمه الاقل المتيقن به قال رحمه الله (على وقبلى اقرار بالدين) لان كلمة على للوجوب واشتقاقها من العلو وانما يعلو اذا كان دينا فى ذمته بحيث لا يجد بدا من قضائه ليخرج عنه وكلمة قبل تنبئ عن الضمان يقال قبل فلان عن فلان أى ضمن وسمى الكفيل قبيلا لانه ضامن وسمى الصك الذى هو حجة الدين قبالة لانه يحفظه كالضامن ولو قال المقر فيهما أردت به وديعة ووصل صدق لانهما ينبئان عن الوجوب والحفظ واجب على المودع والمال محل فجاز ذكر المحل وارادة الحال مجازا ولكنه خلاف الظاهر فلا ينصرف اليه عند الاطلاق ويجوز تفسيره به متصلا لانه يحتمل مجازا ولا يجوز منفصلا لانه تقرير حكمه بالسكوت فلا يجوز تغييره بعد ذلك كسائر المغيرات من الاستثناء والشرط وفى بعض نسخ مختصر القدورى فى قوله قبلى انه اقرار بالامانة لان اللفظ يتناولهما يقال ليس لى قبل فلان دين وليس لى قبل فلان وديعة وكذا اذا قال ليس لى قبل فلان حق يكون براءة عن الدين والامانة جميعا وهذا ان حقيقته اعبارة عن الجهة فيتناولهما والامانة أدناهما فيحمل عليه والاول هو المذكور فى المبسوط وهو الاصح لان استعماله فى الديون أغلب قال رحمه الله (عندى ومعى فى بيتى فى صندوقى فى كيسى أمانة) لان هذه المواضع محل للعين لا للدين اذ الدين محله الذمة والعين يحتمل أن تكون مضمونة وأمانة والامانة أدناهما فيحمل عليها المتيقن به وهذا الان كلمة عند للقرب ومع للقران وما عداهما المكان معنى فيكون من خصائص العين ولا يحتمل الدين لاستحالة كونه فى هذه الاماكن فاذا كانت من خصائص العين تعينت الامانة لما ذكرنا ولان هذه الكلمات فى العرف والعادة تستعمل فى الامانات ومطلق الكلام يحمل على العرف قال رحمه الله (لو قال لى عليك ألف فقال اتزنه أو انتقده أو أجلنى به أو قضيتكه أو أخذته به فهو اقرار وقد نبهنا عليه فى هذا المجرد فى محله (قوله لان استعماله فى الدين أغلب) قال الانقانى ولان قوله قبلى وان كان يستعمل فى الايجابات والامانات ولهذا يقال لفلان قبلى وديعة وقبلى أمانة غلب استعماله فى الايجابات والمطلق من الكلام ينصرف الى ما هو الغالب فى الاستعمال كالدراهم المطلقة تنصرف الى نقد البلد اه ﴿فرع﴾ قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى للحاكم الشهيد فى باب الاقرار بالفاظ مختلفة وان قال له فى مالى مائة درهم أو قال فى دراهمى هذه مائة درهم فهذا اقرار بالشركة لانه اذا اختلط ماله بماله كان شريكا له فيه (قوله فى المتن اتزنه أو انتقده) وقال الشافعى وأحمد فى قوله اتزن وانتقد لا يكون اقرارا بالمال وغيره وبه قال بعض أصحاب مالك لانه لم يوجد منه حقيقة التزام وقد يوجد مثل ذلك ممن يستهزئ ويبالغ فى الجحود فلا يكون اقرارا بالشك وعن بعض أصحاب الشافعى اذا كان بحرف الكناية يكون اقرارا كقولنا وقال مضمون المالكى يكون اقرارا فى الوجوه من الا اذا قال اتزن أو انتقد لما أبعد لمن ذلك اه كاكى

(قوله أو أعطني سرجها الخ) ولو قال لا في جميع ذلك يكون اقرارا أيضا وفي بعض نسخ كتاب الاقرار لا يكون اقرارا بذكر لا أما لو قال لا أعطيك اليوم أو أبدا فهو اقرار لانه ذكره بالكناية (٨) فكانه قال لا أعطيك سرج بغلك اليوم أو أبدا ولو صرح بهذا كان اقرارا فكذا في الكناية اه من خط قارئ الهداية (قوله لزمه حالا) أما لو صدقه المقر له في التأجيل أيضا لكنه ادعى مضي الاجل وأنكره المقر كان القول للمقر لانه منكر حاول الدين واستحقاقه عليه اه شرح تكملة في البيوع (قوله حيث تكون الاثواب تفسيرا الخ) اعلم انه اذا قال مائة ودينار أو قال مائة ودرهم أو مائة وقفيز حنطة أو مائة وفلس أو مائة ومن زعفران فالقياس أن يلزمه المعطوف ويرجع في بيان المعطوف عليه الى المقر وبالقياس أخذ الشافعي ولكن استحسن علماؤنا في المكيل والموزون والعددي المتقارب وجعلوا المعطوف عليه من جنس المعطوف كذا ذكر شيخ الاسلام خواهرزاده في مبسوطه وصاحب الاسرار وان قال له علي مائة وثوب أو مائة وشاة أو مائة وعبد يلزمه المعطوف والمرجع في بيان المعطوف عليه اليه بالاتفاق ولو قال مائة وثلاثة دراهم أو قال وثلاث شياه أو وثلاثة أثواب يكون البيان في المعطوف بيانا في المعطوف عليه بالاتفاق والحكم في قوله مائة وثوبان مثله في قوله مائة وثوب وان قال ثوبان لا رواية فيه كذا في مختصر الاسرار اه اتقاني رحمه الله (قوله لعدم ثبوتها في الذمة في جميع المعاملات) أي يقولون فانها لا تثبت في الذمة الا في السلم والنكاح وذا لا يكثر فبقي على الحقيقة اه

وبلا كناية لا) لان الهاء كناية عن المذكور في الدعوى في جميع ذلك فصار كأنه أعاد المدعى فيكون اقرارا بخلاف ما اذا لم يكن فيه ضمير الالف لانه لا دليل على انصرافه الى المذكور فيكون كلاما مبتدأ فلا يلزمه شيء وهو المراد بقوله وبلا كناية لا والاصل فيه أن الجواب ينتظم اعادة الخطاب ليفيد الكلام فكل ما يصلح جوابا ولا يصلح ابتداء يجعل جوابا وما يصلح للابتداء لا للبناء أو يصلح لهما فانه يجعل ابتداء لوقوع الشك في كونه جوابا بالثلاثة يلزمه المال بالشك فان ذكر هاء الكناية يصلح جوابا لا ابتداء واذا لم يذكر الهاء لا يصلح جوابا أو يصلح ابتداء وجوابا فلا يكون اقرارا بالشك هذا اذا كان الجواب مستقلا وان كان غير مستقل كقوله نعم يكون اقرارا مطلقا لانه غير مستقل وقد أخرجه جوابا وهو صالح له فصار ما تقدم من الخطاب كالمعاد فيه ولو ادعى أنه أبرأه منها أو تصدق عليه بها أو وهبه اياها كان اقرارا لان هذه الاشياء تتلو الوجوب فيكون اقرارا بها وكذا دعوى الاحالة بها يكون اقرارا وكذا لو قال والله لا أقضيكها أولا أزنها لك اليوم لانه نفى القضاء والوزن في وقت معين وذلك لا يكون الا بعد وجوب أصل المال عليه وأما اذا لم يكن أصل المال واجبا عليه فالقضاء يكون منتفيا أبدا ولو قال رجل لآخر أعطني ثوب عبدي هذا فقال نعم كان اقرارا منه بالعبد والثوب له وكذا لو قال افتح باب داري هذه أو حصص داري هذه أو أسرج دابتي هذه أو أعطني سرجها أو لجامها فقال نعم كان ذلك كله اقرارا منه لما بينا ان كلمة نعم لا تستقل فلا بد من حمله على الجواب كيلا يصير لغوا ولو قيل له هل لفلان عليك كذا قأومأ برأسه بنعم لا يكون اقرارا لان الاشارة من الاخرس قائمة مقام النطق لا من غيره ذكره في الكافي قال رحمه الله (وان أقر بدين مؤجل وادعى المقر له أنه حال لزمه حالا) لانه أقر بحق على نفسه وادعى حقا على المقر له فاقراره حجة في حقه ولا تقبل دعواه بغير حجة كما اذا أقر بعبد في يد رجل وأنه استأجره منه فانه يقبل اقراره به له ولا تسمع دعواه الا بحجة بخلاف ما اذا أقر بالدراهم السود فصدقه المقر له في الاصل وكذبه في الصفة حيث يلزمه السود ولا يقبل قول المقر له فيه لان السود نوع من الدراهم فالقول قول المقر في النوع والاجل عارض لا يثبت بنفس العقد بل بالشرط فالقول قول المنكر في العوارض وبخلاف اقرار الكفيل بالدين المؤجل حيث يكون القول قوله في الاجل دون المقر له لان الاجل في الكفالة نوع حيث يثبت فيها من غير شرط بأن كفل دينا مؤجلا وقد ذكرنا المسئلة في الكفالة وخلاف أبي يوسف والشافعي فيها قال رحمه الله (وحلف المقر له على الاجل) لانه المنكر للاجل قال رحمه الله (على مائة ودرهم فهي دراهم ومائة وثوب يفسر المائة) يعني يرجع اليه في تفسير المائة (وكذا مائة وثوبان بخلاف مائة وثلاثة أثواب) حيث تكون الاثواب تفسيرا للمائة أيضا والقياس أن يرجع في تفسير المائة اليه في قوله مائة ودرهم كما في قوله مائة وثوب أو مائة وثوبان وهو قول الشافعي رحمه الله لانه عطف مفسرا على مبهم في الفصلين والمعطوف غير المعطوف عليه ولم يوضع للبيان فبقيت المائة على ابهامها كما في عطف الثوب عليها وجه الاستحسان أن عطف الموزون والمكيل على عدد مبهم يكون بيانا لهم عادة لان الناس استثقلوا تكرار التفسير عند كثرة الاستعمال وذلك فيما يجري فيه التعامل وهو ما يثبت في الذمة وهو المكيل والموزون واكتفوا بذكره مرة لكثرة أسبابه ودورانه في الكلام بخلاف الثياب وغيره مما ليس من المقدرات لانها لا يكثر التعامل بها لعدم ثبوتها في الذمة في جميع المعاملات فلم يستثقلوا ذكرها لقلة دورانها في الكلام والاكتفاء بالثاني للكثرة ولم يوجد فبقي على القياس بخلاف قوله مائة وثلاثة أثواب حيث تكون الاثواب تفسيرا للمائة أيضا ويستوي فيه المقدرات وغيرها لانه ذكر عددين مبهمين وأعقبهما تفسيرا فينصرف اليهما فيكون بيانا لهما وهذا بالاجماع لان عادتهم جرت بذلك ألا ترى أنهم

(قوله ولو قال لفلان علي نصف درهم الخ) أي ولو قال له علي كر من حنطة وشعير وسمسم كان من كل واحد منهن الثلث لانه فسر الكل الواجب بهذه الاجناس الثلاثة فيقضى الابهام بالسوية اه اتقاني (قوله في المتن لو أقر بتمر في قوصرة) القوصرة وعاء التمر منسوج من قصب قال صاحب الجمهرة أما القوصرة فاحسبها دخيلا وقد روى أفلح من كانت له قوصرة * يأكل منها كل يوم مره

ثم قال ولا أدري صحة هذا البيت اه اتقاني (قوله لزماه) أي لان الاقرار اخبار والاقرار بالغصب اخبار عن نقله اذ الغصب نقل ونقل المظروف لا يتصور حال كونه مظروفا الا بنقل الظرف فصار اقرارا بغصبهما ضرورة كذا في كتب أصحابنا وفيه نوع تأمل اه كاكي (قوله لان كلمة من للانتزاع) أي لابتداء الغاية فيكون اقرارا بأن مبدأ الغصب من قوصرة اه كاكي (قوله فيكون مقرا بالمنزوع) قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي ولو قال غصبتك كذا وكذا أو كذا مع كذا أو كذا بكذا أو كذا عليه كذا لزماه جميعا لان هذه الالفاظ تقتضي إلصاق أحدهما بالآخر وضمه اليه فيرد عليهما الغصب دفعة واحدة ولو قال كذا من كذا أو كذا على كذا لزمه الاول فقط لانه يقتضي الانفصال والتمييز لا الجمع بينهما في حق ورود الغصب عليهما (٩) اه اتقاني في المبسوط الاصل في جنس

هذه المسائل أنه ان كان الثاني ظرفا للاول ووعاء له لزماه نحو ثوب في منديل وطعام في سفينة وحنطة في جوالق وتمر في قوصرة وان كان الثاني مما لا يكون وعاء للاول نحو غصبتك درهما في درهم لم يلزمه الثاني لانه غير صالح للظرفية اه كاكي (قوله وعلى هذا الطعام في الجوالق) كما اذا قال غصبت الطعام في الجوالق اه (قوله أو في السفينة) حيث يلزمه الظرف والمظروف اه اتقاني وقال الاتقاني ولو قال غصبتك كذا في كذا والثاني مما يكون وعاء للاول لزماه نحو ثوب في منديل وطعام في سفينة وما أشبه ذلك لانه مظروفه في حال ورود الغصب عليه فيرد على ظرفه ضرورة

يقولون أحد وعشرون ثوبا وثلاثة وخمسون درهما فينصرف التفسير اليهما لاستوائهما في الحاجة اليه وفي النهاية روى ابن سماعة عن أبي يوسف في قوله مائة وثوب أن الكل من الثياب وكذا في قوله مائة وشاة ووجهه أن الثياب والغنم تقسم قسمة واحدة بخلاف العبيد فانهم لا يقسمون قسمة واحدة وما يقسم قسمة واحدة تتحقق في أعدادها المجانسة فيمكن أن يجعل المفسر منه تفسيرا للمبهم وهذا ليس بظاهر فان عندهما تقسم العبيد كالغنم ولا يقسمون عند أبي حنيفة رحمه الله ولو قال لفلان علي نصف درهم ودينار وثوب فعليه نصف كل واحد منها وكذا لو قال نصف هذا العبد ونصف هذه الجارية لان الكلام كله وقع على شئ بغير عينه أو بعينه فينصرف النصف الى الكل كأنه قال علي نصف هذا ونصف هذا الخ بخلاف ما اذا كان بعضه معينا وبعضه غير معين بأن قال نصف هذا الدينار ودرهم حيث يجب عليه نصف الدينار ويجب الدرهم كله ولو قال عشرة دراهم ودانق وقيراط فهو من الفضة لان الاكتفاء بالتفسير الاول شائع عندهم قال الله تعالى ولبثوا في كهفهم ثلاثمائة سنين وازدادوا تسعا يعني من السنين قال رحمه الله (لو أقر بتمر في قوصرة لزماه) يعني التمر والقوصرة وفسر في الاصل بقوله غصبت تمرا في قوصرة ووجهه أنه أقر بغصب تمر حال كونه مظروفا ولا يتصور ذلك بدون ظرفه فلزماه بخلاف ما اذا قال غصبت تمرا من قوصرة لان كلمة من للانتزاع فيكون مقرا بالمنزوع وعلى هذا الطعام في الجوالق أو في السفينة قال رحمه الله (وبداية في اصطبل لربه الدابة فقط) لان غير المنقول لا يضمن بالغصب عندهما وعلى قياس قول محمد رحمه الله يضمنهما وعلى هذا الطعام في البيت والاصل في جنس هذه المسائل أن الظرف ان أمكن أن يجعل ظرفا حقيقة يتظرفان أمكن نقله لزماه وان لم يمكن نقله لزمه المظروف خاصة عندهما لان الغصب الموجب للضمان لا يتحقق في غير المنقول ولو ادعى أنه لم ينقل المظروف لا يصدق لانه أقر بغصب تام اذ هو مطلق فيحمل على الكمال وعند محمد رحمه الله لزماه جميعا لان غصب غير المنقول متصور عنده وان لم يمكن أن يجعل ظرفا حقيقة لم يلزمه الا الاول كقوله درهم في درهم ولم يلزمه الثاني لانه لا يصلح أن يكون ظرفا له قال رحمه الله (وبخاتمه الحلقة والفص) لان الاسم يشملهما قال رحمه الله (وبسيفه النصل

(٣ - زيلعي خامس) اه (قوله وعلى هذا الطعام في البيت) قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي ولو قال غصبتك مائة كر حنطة في بيت ضمن الطعام والبيت في قول محمد لانه يرى الغصب في البيت وأبو حنيفة وأبو يوسف لا يريانه فيضمن الطعام لا غير ولو قال غصبتك البيت بالطعام ولم أحوله لم يصدق وأخذهما جميعا في قول محمد لانه أقر بالغصب في الحنطة وذلك لا يكون الا بالنقل فاذا قال لم أحول الطعام فقد أنكر بعدما أقر فلا يصدق اه اتقاني (قوله في المتن وبخاتمه الحلقة والفص) ولا نعلم فيه خلافا وكذا لو أقر بدار أو أرض لرجل يدخل البناء والاشجار اذا كانا فيها حتى لو أقام المقر بينة بعد ذلك ان البناء والاشجار لي وكذا لو قال الفص لي لم يصدق ولم تقبل بينته كذا نقلته من خط العلامة قارئ الهداية (قوله لان الاسم يشملهما) ولهذا يدخل الفص في بيع الخاتم من غير تسمية فاذا تناولهما الاسم لزماه جميعا بالاقرار اه اتقاني (قوله في المتن وبسيفه النصل الخ) قال في الذخيرة ولو قال هذا الخاتم لي وفصه لك هذا السيف لي وحليته لك هذه الجبة لي وبطانتها لك وقال المقر له الكل لي فالقول للمقر وبعد ذلك يتحالفان لم يكن في نزع المقر به ضرر يؤدي المقر بالنزع والدفع الى المقر له وان كان في النزع ضرر فواجب على المقر أن يعطيه قيمة ما أقر به اه

(قوله كالديدان في جمع دود) قال في الصحاح الدود جمع دودة وجمع الدوددیدان اه (قوله في المتن وبثوب في منديل) قال شيخ الاسلام أبو بكر المعروف بخواهرزاده في مبسوطه ولو أقر أنه غصب ثوبا في منديل كان مقرا بالثوب والمنديل وبرجع في البيان اليه لان كلمة في للظرف يقال جعلت الدرة في الحقة والخنطة في الجوالق وقد أمكن العمل بحقيقته على توافق العادة الجارية فيما بين الناس لانه في غالب العادة يجعل المنديل ظرفا للثوب واذا أمكن العمل بحقيقته وجب اعتباره فاذا وجب اعتباره فهذا أقر بثوب مظروف في منديل ولا يتصور غصب ثوب مظروف في منديل الا بغصب الثوب والمنديل جميعا فانه متى غصب الثوب دون المنديل لا يكون غاصبا الثوب مظروف في المنديل فصار مقرا بغصب ثوب ومنديل الا أنه لم يعين الثوب والمنديل فيرجع في البيان اليه وكذلك لو قال غصبتك عشرة أثواب في عيبة كان مقرا بغصب عشرة أثواب وعيبة فيرجع في البيان اليه لما ذكرنا في غصب الثوب والمنديل اه اتقاني (قوله لانه) أي كلمة في حقيقتها للظرف وقد أمكن العمل بالحقيقة فلا يصار الى المجاز وذلك لانه اه اتقاني (قوله لا تكون ظرفا للثوب واحد عادة) أي فتترك الحقيقة بدلالة العادة وتحمل كلمة (١٠) في على المجاز ويجعل بمعنى البين والوسط كما في قوله تعالى فادخلي في عبادي فيصير كأنه قال غصبت ثوبا من وسط عشرة أثواب فلا يلزمه الا واحد اه اتقاني (قوله فادخلي في عبادي أي بين عبادي) سيأتي في كلام الشارح عند قوله في المتن وبخمسة في خمسة أن في في الآية بمعنى مع اه (قوله منقوض) مثل هذا على عادة الفقهاء لان النقض حقيقة يكون بتخلف الحكم مع وجود العلة اه من خط الشارح رحمه الله (قوله وقال زفر عليه عشرة) قال الاتقاني قال صاحب الهداية وقال الحسن يلزمه خمسة وعشرون أراد به الحسن بن زياد صاحب أبي حنيفة ومذهب زفر مثل قول الحسن كذا في التقريب اه وقال في الجمع أو بخمسة في خمسة بمعنى مع لزمته عشرة وان أراد الحساب ألزمناه بخمسة لا بخمسة وعشرين اه وهو كما ترى مخالف لما نقله الشارح عن زفر فلعل عن زفر روايتين والله أعلم اه (قوله ولا يتصور أن تكون الدراهم ظرفا للدراهم) قال الشيخ الامام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي في باب الاقرار بألفاظ مختلفة قال أبو حنيفة اذا قال لفلان علي عشرة دراهم في عشرة دراهم فعليه العشرة الاولى لان كلمة في تستعمل للظرف والعشرة لا تصلح ظرفا للعشرة أخرى فلغا قوله في عشرة وبقي قوله لفلان علي عشرة وكذلك لو قال في عشرة دنانير الا أن يقول عنيت هذه وهذه لان كلمة في تذكر ويراد بها مع قال الله تعالى فادخلي في عبادي أي مع عبادي ولكنها خلاف الظاهر فلا ينصرف اليها الا بالنية ولو قال علي درهم في قفيز حنطة لزمه الدرهم والقفيز باطل لان القفيز وان صلح ظرفا للدراهم لكنه التزم المظروف دون الظرف فلا يلزمه الظرف وبيانه ما قال خواهرزاده أنه أقر بدرهم في الذمة وما في الذمة لا يتصور أن يكون مظروفا في شيء آخر ولو قال له علي قفيز حنطة في درهم لزمه القفيز وبطل الدرهم لان الدرهم لا يصلح ظرفا له وكذا لو قال له علي فروق زيت في عشرة مخاتيم حنطة لزمه الزيت والحنطة باطل لانها لا تصلح ظرفا كذا في شرح الكافي اه اتقاني وكتب ما نصه قال في شرح الكافي لو قال له علي

والجفن والحمائل) لان اسم السيف ينطلق على الكل النصل حديدته والجفن غمده والحمائل جمع الحمالة بكسر الحاء وهي علاقته قال رحمه الله (وبجملة له العيدان والكسوة) لان الاسم يطلق على هذه الجملة عادة وهي المعتبرة في الباب والجملة بيت مزين بالثياب والاسرة والعيدان جمع عود كالديدان في جمع دود قال رحمه الله (وبثوب في منديل أو في ثوب لزماه) لانه ظرف له وهو ممكن حقيقة فيدخل فيه على ما بينا بخلاف ما اذا قال غصبت له كافا على حمار حيث يلزمه الاكاف خاصة دون الحمار لان الحمار مذكور لبيان محل المغصوب حين أخذه وغصب الشيء من محل لا يكون مقتضيا غصب المحل كذا ذكره في النهاية معزيا الى المبسوط قال رحمه الله (وبثوب في عشرة له ثوب) وهذا عند أبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله عليه أحد عشر ثوبا لان النفيس من الثياب قد يلف في عشرة فأمكن جعله ظرفا كقوله حنطة في جوالق أو يحمل كلامه على التقديم والتأخير فيصير كأنه قال عشرة أثواب في ثوب لابي يوسف رحمه الله وهو قول أبي حنيفة رحمه الله أولا أن العشرة لا تكون ظرفا للثوب واحد عادة والممتنع عادة كالممتنع حقيقة اذ التعويل عليها ولان الثوب اذا لف في ثياب كان كل واحد منها مظروفا في حق ما وراءه فلا يكون ظرفا الا الثوب الذي هو ظاهر فلا يتحقق أن يكون الكل ظرفا لواحد فلغا آخر كلامه وحمله على التقديم والتأخير لا يمكن لان فيه احتيالا لايجاب المال مع الاحتمال لان في قد تكون بمعنى البين قال الله تعالى فادخلي في عبادي أي بين عبادي فلا يجب بالشك وقوله النفيس من الثياب قد يلف في عشرة أثواب منقوض بما اذا قال غصبت منه كرباسا في عشرة أثواب حرير فانه يلزمه الكل عنده مع أنه ممتنع عرفا قال رحمه الله (وبخمسة في خمسة وعن الضرب خمسة) وقال زفر رحمه الله عليه عشرة وقال الحسن بن زياد عليه خمسة وعشرون لعرف الحساب لانهم يريدون به ارتفاع أحد العددين بقدر العدد الآخر ولزفر أن حرف في تستعمل بمعنى مع قال الله تعالى فادخلي في عبادي أي معهم وهو الفاشي بين الكافة وانما يراد به ارتفاع أحد العددين بقدر الآخر عند الخواص من الناس وهم الحساب وهذا لان حقيقة في أن تكون للظرف ولا يتصور أن تكون الدراهم ظرفا للدراهم فتعين المجاز

درهم مع درهم أو معه درهم لزمه درهمان لان كلمة مع للجمع فصار كانه قال له علي درهمان وكذلك لو قال قبله درهم أو بعده درهم لانه اخبار عن حالة الوجوب فقد أقر بوجوب درهم آخر سابقا عليه أو متأخرا عنه فيؤخذ به وان قال درهم قبل درهم أو درهم ودرهم لزماه جميعا لانها تقتضي الجمع والمقارنة في الوجوب ولو قال له علي درهم درهم لزمه درهم واحد فرق بين هذا وبين ما اذا قال لامرأته أنت طالق طالق حيث يقع ثنتان لان الاقرار اخبار فيجعل الثاني مؤكدا للاول والطلاق انشاء والتأكيد لا يدخل في الانشاء فكان الثاني غير الاول فاقتضى وقوع طلاق آخر ولو قال له علي درهم بدرهم لزمه درهم لان الباء للبدلية يعني عوضه درهم فقد أخبر أن الوجوب كان بطريق المعاوضة وكذلك لو قال له علي درهم على درهم لانه وصف الاول بالوجوب والثاني بكونه (١١) موضعا له فلا يتصف الثاني بالوجوب فيلزمه درهم واحد ولو قال له علي درهم ثم درهمان لزمه ثلاثة دراهم لانه أقر بوجوب الدرهم سابقا على وجوب الدرهمين فيلزمه ثلاثة دراهم اه اتقاني (قوله وهي الظرفية) أي لان الدراهم لا تصلح أن تكون ظرفا اه (قوله في المتن وعشرة ان عنى مع) أي بلا خلاف وبه قال الشافعي وأحمد ولم يذكر في الكتاب ولا في المبسوط اذا أراد بفي معنى على ما حكمه عندنا ولكن ذكر في الذخيرة يلزمه عشرة وبه قال الشافعي ومالك اه كاكي (قوله لاسيما اذا كان فيه تشديد على نفسه) أي لان ذلك يصدق في القضاء أيضا اه من خط الشارح (قوله فلا تدخل الغايتان) وعلى هذا الخلاف اذا قال أنت طالق من واحدة الى ثلاث فعند أبي حنيفة يقع ثنتان وعندهما يقع الثلاث وعند زفر يقع واحدة اه اتقاني

المجاز المتعارف بين الناس وبين اللفظين اتصال من حيث ان كل واحد منهما للجمع فصحت الاستعارة قلنا لما تعذرت الحقيقة وهي الظرفية لغا ولا يصار الى المجاز لان المجاز متعارض لانهم تستعمل بمعنى الواو لاتصال بينهما من حيث ان كل واحد منهما للجمع وبمعنى مع على ما بينا وبمعنى على قال الله تعالى حكاية عن فرعون لأصلبنكم في جذوع النخل أي على جذوع النخل واذا كانت بمعنى على لا تقتضي وجوب الثاني على ما بينا من قبل وليس حملها على البعض أولى من البعض فلغت لما ذكرنا أن الظرفية اذا تعذرت تلغو فصار كما اذا قال علي درهم في درهم اذ لا فرق بينه وبين قوله على خمسة دراهم في خمسة دراهم لان الموجب للالغاء فيه هو تعذر الظرفية وهما فيه سواء وما ذكر الحسن لا يستقيم في الموزون وانما ذلك في الممسوح على أن الارتفاع الذي ذكره يراد به تكثير الاجزاء لا تكثير الاعداد صحيحة وتكثير الاجزاء لا يوجب تكثير العدد وهو المتعارف عند الحساب قال رحمه الله (وعشرة ان عنى مع) أي يلزمه عشرة ان أراد به معنى مع لان اللفظ وهو حرف في يحتمله مجازا على ما بينا فاذا نوى محتمل كلامه صحت نيته لاسيما اذا كان فيه تشديد على نفسه على ما عرف في موضعه قال رحمه الله (له علي من درهم الى عشرة أو ما بين درهم الى عشرة له تسعة) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يلزمه العشرة كلها وقال زفر رحمه الله يلزمه ثمانية وهو القياس لانه جعل الدرهم الاول والآخر حدا واحدا لا يدخل في المحدود فلا تدخل الغايتان فصار كما اذا قال فلان من هذا الحائط الى هذا الحائط أو ما بين هذين الحائطين فان الحائطين لا يدخلان في الاقرار فكذا هذا ولابي يوسف ومحمد رحمهما الله ان الغاية لا بد أن تكون موجودة اذ المعدوم لا يصلح أن يكون حدا للموجود ووجوده بوجوبه فتدخل الغايتان بخلاف ما ذكر من المحسوس لانه موجود فيصلح حدا فلا يدخلان وله أن الغاية لا تدخل في المغيا لان الحد غير المحدود فهذا هو الاصل كما قال زفر لكن هنا لا بد من ادخال الغاية الأولى لان الدرهم الثاني والثالث لا يتحقق بدون الاول اذ لا يعقل ثان بدون الاول فدخلت الغاية الأولى ضرورة ولا ضرورة في ادخال الثانية فأخذنا فيها بالقياس فلا تدخل ولان العدد يقتضي ابتداء فاذا أخرجنا الاول من أن يكون ابتداء صار الثاني هو الابتداء فيخرج هو أيضا من أن يكون ابتداء كالأول وكذا الثالث والرابع الى آخره فيؤدي الى خروج الكل من أن يكون واجبا فكان باطلا ولو قال علي لفلان كر حنطة الى كر شعير فعليه عند أبي حنيفة رحمه الله كر حنطة وكر شعير الا قفيزا لان القفيز الآخر من الشعير هو الغاية الثانية وعندهما يلزمه الكران ولو قال له علي عشرة دراهم الى عشرة دنانير فعند أبي حنيفة رحمه الله يلزمه الدراهم وتسعة دنانير وعندهما يلزمه عشرة دراهم وعشرة دنانير وذكر المسئلتين في النهاية قال رحمه الله (له من داري ما بين هذا الحائط الى هذا الحائط له ما بينهما فقط) لما ذكرنا أن الغاية لا تدخل في المغيا قال رحمه الله (وصح الاقرار بالحمل وللحمل ان بين سببا صالحا) لفلان كر حنطة الخ) قال القدوري في التقريب قال أبو حنيفة فمن قال لفلان علي ما بين كر شعير الى كر حنطة لزمه كر شعير وكر حنطة الا قفيزا ولم يجعل الغاية جميع الكر لان العادة أن الغاية لا تكون أكثر الشيء ولا نصفه والكر عبارة عن جملة من القفزان فوجب أن يصير الانتهاء الى واحد منها ثم قال وحكى عن أبي الحسن أنه قال لو قال له علي من درهم الى دينار لزمه الدينار وهذا يوجب أن الغاية أكثر الشيء اه اتقاني (قوله في المتن وللحمل ان بين سببا صالحا الخ) كما اذا قال لما في بطن فلانة علي من جهة وصية أوصى بها له فلان بعينها أو ميراث ورثها من أبيه أو غيره فاستهلكت عليه وصار ذلك دينا للجنين على أو كان لفلان علي ألف درهم وأوصى بما في بطن فلانة ومات أو كان لابيه أو قريب له آخر مات وتركها ميراثا له اه اتقاني

(قوله فيجب إعماله ما أمكن) أي لان الاصل في كلام العاقل أن يصح مهما أمكن وقد أمكن بالحمل على أنه استهلك مال الجنين فيحمل عليه اه اتقاني (قوله واما أن يبين سببا غير صالح فلا يجوز) أي اقراره ولا يلزمه شئ بأن قال لما في بطن فلانة على ألف درهم بالبيع أو الاجارة أو الاقتراض فان الاقرار لم يضف الى محله فان الجنين ليس من أهل أن يستحق دينا بالتجارة على أحد لان الجنين لا يتجر ولا يتجر له واذا لم يكن الجنين أهلا لاستحقاق الدين بالسبب الذي أقر به كان ما أقر به للجنين بسبب التجارة كذبا بيقين والكذب بيقين لا يتعلق به حكم فيكون وجوده بمنزلة عدمه فكان كمن أقر أنه قطع يد فلان عمدا أو خطأ و يد فلان صحيحة لا يلزمه بهذا الاقرار شئ لانه كذب بيقين فكذلك هذا بخلاف ما لو أقر لرضيع أن له عليه ألف درهم بالبيع أو الاجارة لان الرضيع من أهل أن يستحق

الدين لهذا السبب بتجارة وليه لانه يتجر له ان كان لا يتجر هو بنفسه بخلاف الجنين اه اتقاني رحمه الله (قوله أو ورثة أبيه) أي فيما اذا قال مات أبوه فورثه اه (قوله وان أبهم ولم يبين السبب) أي لان له وجها صحيحا بأن أوصى رجل بالحمل لآخر ومات فأقر وارثه بأن هذا الحمل لفلان ولا وجه لتصحيحه غيره فتعين طريق التصحيح فيصح اه (قوله في المتن لزمه المال وبطل الشرط) قال الاتقاني وتحقيقه أن الاقرار لا يحتمل الفسخ والمقصود من الاقرار هو الفسخ فلما لم يحتمل الاقرار الفسخ لم يجز شرط الخيار ولزمه المال لان المقصود من فسخ الاقرار فسخ المقر به والمقر به لا ينفسخ بفسخ الاقرار لان المقر به وجوب ألف درهم ووجوبه ما كان بالاقرار حتى ينفسخ بفسخ الاقرار لان الاقرار اخبار عما كان وليس بايجاب مبتدا واذا لم ينفسخ المقصود من فسخ الاقرار بفسخه لم يكن الاقرار محتملا للفسخ كما في باب الطلاق والعتاق لما لم يمكن فسخ اذا ما هو المقصود من الاعتاق والطلاق وهو ما سقط بهما لما لم يكونا محتملين للفسخ فكذلك هذا وأورد شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه في هذا المقام سؤالا وجوابا فقال فان قيل الاقرار مما يحتمل الفسخ بعد وقوعه فانه ينفسخ برد المقر له فالجواب عنه أن الرد من المقر له ليس بفسخ للاقرار لان الفسخ رفع الشئ بعد ثبوته وتكذيب المقر له المقر في اقراره ليس برفع الاقرار بعد ثبوته في حقه بل بيان أنه غير ثابت في حقه أصلا لان اقراره يحتمل الصدق والكذب فاذا كذبه المقر له ثبت الكذب في حقه لانه اقرار على نفسه واذا صح التكذيب في حقه ظهر أن الاقرار لم يكن ثابتا من الاصل لا أنه انفسخ في حقه بعد وقوعه اه

والا فلا) وقوله ان بين سببا يتعلق بالاقرار للحمل لان الاقرار للحمل هو الذي يشترط فيه بيان السبب الصالح لانه ان بين فيه سببا صالحا بأن قال مات أبوه فورثه أو أوصى له به فلان يجوز والا فلا وهذا عند أبي يوسف وعند محمد رحمه الله تجوز الوصية له وان لم يبين السبب وأما الاقرار بالحمل فجائز بالاجماع وان لم يبين السبب لمحمد رحمه الله في المخلافية أن الاقرار حجة موجبة فيجب اعماله ما أمكن وقد أمكن حمله على السبب الصالح لانه يمكن أنه ورثه أو أوصى له به فلا يصار الى الابطال مع الامكان فصار كاقرار العبد المأذون له أو الصبي المأذون له في التجارة فانه يجوز لامكان الجواز وان احتمل الفساد بأن أقر بمال ليس من التجارة ولهذا جاز اقراره بالحمل مع احتمال الفساد ولابي يوسف رحمه الله أن لجوازه طريقين الارث والوصية وليس أحدهما بأولى من الآخر فيبطل كمن اشترى عبدا بألف ثم باعه وعبدا آخر معه من البائع بألف وخمسمائة فانه يبطل في العبد المشترى وان أمكن جوازه بأن يجعل الالف أو أكثر حصة المشترى والباقي حصة الآخر بخلاف اقرار المأذون له في التجارة لان لصحته جهة واحدة وهي التجارة وبخلاف الاقرار بالحمل لان لصحته جهة واحدة وهي الوصية على ما قالوا لان الحمل وحده لا يملك الا بالوصية فتعينت سببا ولان مطلق الاقرار ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة ولهذا يجوز اقرار العبد المأذون له وينفذ اقرار أحد المتفاوضين على شريكه ولولا ذلك لما جاز ولا نفذ فصار كما اذا صرح به ولا يتصور البيع مع الجنين ولا يلي عليه أحد فيبطل وحاصله أن للمسئلة ثلاث صور إما أن يبهم الاقرار فهو على الخلاف و إما أن يبين سببا صالحا فيجوز بالاجماع و إما أن يبين سببا غير صالح فلا يجوز بالاجماع ولا يقال ظاهر اقراره يقتضي الوجوب فكيف يقدر على ابطاله ببيان سبب غير صالح والابطال رجوع عن الاقرار وهو لا يملك الرجوع لانا نقول ليس برجوع وانما هو بيان سبب محتمل لانه يحتمل ان أحدا من أوليائه باعه عنه فيحسب أن ذلك صحيح فيقر به و يضيفه الى الجنين أيضا مجازا كما يقال بنى فلان دارا وان كان الباني غيره وهم الاجراء ثم اذا صح الاقرار للحمل انما يصح اذا جاءت به في مدة يعلم أنه كان موجودا وقت الاقرار أو يحتمل وذلك بأن تضعه لاقل من ستة أشهر اذا كانت ذات زوج أو لاقل من سنتين من وقت الفراق اذا كانت معتدة ثم ان ولدته حيا كان له ما أقر به وان ولدته ميتا يرد الى ورثة الموصي أو ورثة أبيه وان ولدت ولدين فان كانا ذكرين أو انثيين فهو بينهما نصفان وان كان أحدهما ذكرا والآخر أنثى فكذلك في الوصية وفي الارث للذكر مثل حظ الانثيين وقد ذكرنا أن الاقرار بالحمل جائز بالاجماع وان أبهم ولم يبين السبب وذكرنا الفرق لابي يوسف رحمه الله بينه وبين الاقرار له ثم ان كان المقر به حمل جارية فانما يستحقه المقر له اذا علم وجوده وقت الاقرار أو احتمل ذلك على الوجه الذي بينا وان كان حمل بهائم يقدر بأدنى مدة يتصور ذلك عند أهل الخبرة على ما جرت به عادتهم قال رحمه الله (وان أقر بشرط الخيار لزمه المال وبطل الشرط) معناه أنه

(قوله والاخبار لا يقبل الخيار) أي سواء صدقه صاحبه أو كذبه اه اتقاني نقلا عن شرح الكافي للأسبيجابي اه (قوله لان الخيار ليتغير) أي شرع لان يتغير الخ (قوله جاز ان صدقه المقر له) أي والخيار له الى آخر المدة اه اتقاني (قوله لان الكفالة (١) تلائم اشتراط الخيار) لانها تحتمل من الجهالة والخطر ما لا يحتمله عقد البيع فاذا جاز اشتراطه في البيع ففي الكفالة أولى ثم قدر الخيار في البيع بثلاثة أيام عند أبي حنيفة ولم يقدر الخيار في الكفالة بمدة لان اطلاق الخيار ينافي حكم البيع لان حكمه الملك المطلق وحكم الخيار منع السبب من العمل وبينهما منافاة وحكم الكفالة ههنا لزوم الدين وانه يصح مطلقا ومقيدا فلا يكون اشتراط الخيار منافيا وان كذبه المقر له في الخيار لزمه المال ولم يصدق على شرط الخيار لانه يدعي عليه التأخير وهو

ينكر اه اتقاني

اذا قال علي ألف درهم قرض أو غصب أو وديعة أو عارية قائمة أو مستهلكة على انه بالخيار ثلاثة أيام وانما لزمه لان الاقرار حجة ملزمة على ما بينا من قبل وهو اخبار عن الكائن وليس بانشاء والاخبار لا يقبل الخيار لان الخيار ليتغير به صفة العقد ويتخير من له الخيار بين فسخه وامضائه والخبر لا يتصور فيه ذلك لانه ان كان صادقا فهو صادق اختار أو لم يختر وان كان كاذبا لم يتغير باختياره ولا بعدم اختياره فتعين الالغاء ولان الخيار في معنى التعليق بالشرط والخبر لا يحتمل التعليق بالشرط لعدم حكمه وهو الاعدام وأما اذا قال على ألف درهم من ثمن مبيع بعته على أني بالخيار صح ويثبت الخيار اذا صدقه المقر له أو أقام على ذلك بينة لان المقر به عقد يقبل الخيار فيصح اذا ثبت بحجة وان كذبه المقر له لم يثبت الخيار وكان القول قول المقر له لانه من العوارض كالاجل والقول في العوارض قول المنكر وان أقر بالدين بسبب كفالة على أنه بالخيار في مدة معلومة طويلة أو قصيرة جاز ان صدقه المقر له لان الكفالة عقد يصح فيه خيار الشرط بخلاف الصور المتقدمة لانها أفعال لا تقبل الخيار فكذا الاقرار بها والله أعلم بالصواب

﴿باب الاستثناء وما في معناه﴾

الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا عندنا واخراج بعد الدخول عند الشافعي رحمه الله بطريق المعارضة وهذا مشكل فان الاستثناء جائز في الطلاق والعتاق ولو كان اخراجا لما صح لانهما لا يحتملان الرجوع والرفع بعد الوقوع وتظهر ثمرة الخلاف فيما اذا قال لفلان على ألف درهم الا مائة أو خمسين فعندنا يلزمه تسعمائة لانه لما كان تكلما بالباقي وكان ما نعا من الدخول شككنا في المتكلم به والاصل فراغ الذمم فلا يلزمه الزائد بالشك وصار نظير ما لو قال على تسعمائة أو تسعمائة وخمسون فانه يلزمه الاقل وعنده لما دخل الالف كله صار الشك في المخرج فيخرج الاقل وهو خمسون والباقي على حاله قال رحمه الله (صح استثناء بعض ما أقر به متصلا ولزمه الباقي) لما ذكرنا انه تكلم بالباقي بعد الثنيا وصار اسمه فيلزمه كأنه تكلم بالباقي ابتداء ثم اطلاق لفظة البعض في الكتاب من غير تقدير بشيء دليل على أن الاكثر جائز وهو المذهب وقال الفراء رحمه الله لا يجوز لان العرب لم تتكلم به قلنا تكلمت به العرب وهو موجود في القرآن قال الله تعالى لأغوينهم أجمعين الا عبادك منهم المخلصين ثم قال ان عبادي ليس لك عليهم سلطان الا من اتبعك من الغاوين فاستثنى المخلصين تارة والغاوين أخرى فأيهما كان أكثر لزمه وقال الشاعر

أدوا التي نقصت تسعين من مائة * ثم ابعثوا حكما بالعدل حكاما

﴿باب الاستثناء وما في معناه﴾

لما ذكر حكم الاقرار بلا تغيير شرع في موجبه مع المغير وهو الاستثناء لان الاصل عدم التغيير اه اتقاني (قوله فانه يلزمه الاقل) قال الكاكي رحمه الله في معراج الدراية لو قال علي ألف الا مائة أو خمسين قال أبو سليمان عليه تسعمائة وخمسون لانه ذكر كلمة الشك في الاستثناء فيثبت أقلهما كما لو ذكر كلمة الشك في الاقرارين الشيئين فانه يثبت أقلهما فكذا هذا وفي رواية أبي حفص يلزمه تسعمائة لان الشك في الاستثناء يوجب الشك في الاقرار فكأنه قال على تسعمائة أو تسعمائة وخمسون فيثبت الاقل قالوا والاول أصح لان الشك حصل في الاستثناء ظاهرا اه (قوله وصار اسمه الخ) قال شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده في مبسوطه واذا أقر الرجل بألف درهم واستثنى فقال الا مائة درهم فان الاستثناء جائز وعليه تسعمائة أما جواز الاستثناء فانه استثنى بعض ما دخل تحت اللفظ مقصودا واستثناء بعض ما دخل تحت اللفظ مقصودا جائز اذا كان المستثنى أقل من المستثنى منه عندهم جميعا فاذا صح الاستثناء صار مفرغا وراء المستثنى وذلك تسعمائة كأنه قال لفلان علي تسعمائة فاما اذا قال لفلان على ألف الا تسعمائة وخمسين درهما فان الاستثناء يصح ويكون عليه خمسون درهما وهذا عندنا وعند مالك والفراء وهو قول أبي يوسف على ما روي عنه في غير رواية الاصول لا يصح الاستثناء ويلزمه الالف لان المستثنى أكثر من المستثنى منه كذا ذكر خواهر زاده ووجهه أن من عادة العرب أنهم يقصدون بالاستثناء اخراج الاقل دون الاكثر ونحن نقول اذا عرف عمل الاستثناء لم يفترق الحال بين أن يخرج الاقل أو الاكثر اه اتقاني (قوله لزمه) أي لزم الفراء اه

(١) قول المحشي لان الكفالة تلائم الخ هكذا في أصل الحاشية وهو مخالف لعبارة الشارح كما ترى اه مصححه

(قوله لايصح استثناء الكل) أى كما اذا قال لفلان على الف درهم الا ألفا قال الاتقانى وكذا اذا استثنى أكثر من الالف لانه لما لم يجز استثناء الالف من الالف فلأن لا يجوز استثناء الالف وزيادة أولى اه (قوله فلا يصح) أى وحينئذ فيلزمه ما أقر به اه ﴿فرع﴾ قال الامام محمد بن أحمد المعروف بالاسبيجابى فى شرح الطحاوى لو قال له على عشرة دراهم الا خمسة دراهم الا ثلاثة دراهم الا درهما فانه ينظر الى المستثنى الاخير وهو درهم فيستثنيه من الذى يليه وهو ثلاثة فيبقى درهمان فيستثنيهما من الذى يليهما وهو خمسة فيبقى ثلاثة ثم يستثنى الباقى وهو ثلاثة من الذى يليه وهو سبعة فيبقى منها أربعة ثم يستثنى الباقى وهو أربعة دراهم من الذى يليه وهو عشرة دراهم فيبقى ستة فيلزمه ذلك وكذلك اذا دخل الاستثناء على الاستثناء على هذا القياس وقال شيخ الاسلام علاء الدين على بن محمد الاسبيجابى فى شرح الكافى لو قال لفلان على ألف درهم ولفلان على مائة درهم الا قيراطا كان الاستثناء من الاخير لان الاصل فى الاستثناء أن ينصرف الى الذى يليه ولو قال لفلان على ألف درهم ولفلان مائة دينار الا درهما من الالف كان كما قال لانه نص على المحل المستثنى منه فينصرف الاستثناء اليه ولو لم يبين أنه من الالف جعلته من الدنانير لان الاصل أن ينصرف الاستثناء الى ما يليه والذى يليه الدنانير ولو أقر لرجل واحد فقال له على ألف درهم ومائة (١٤) دينار الا درهما جعلت الاستثناء من الدراهم لان الاصل أن يصرف الاستثناء الى ما هو

استثنى تسعين من مائة وان لم يكن بادائه لانه فى معناه وقال صاحب النهاية ولا فرق بين استثناء الاقل والاكثر وان لم تتكلم به العرب ولا يمنع صحته اذا كان موافقا لطريقهم كاستثناء الكسور لم تتكلم به العرب وهو صحيح ثم لا فرق بين أن يكون الاستثناء مما لا يقسم أو مما يقسم حتى اذا قال هذا العبد لفلان الا ثلثه أو قال الا ثلثيه صح قال رحمه الله (لا استثناء الكل) أى لا يصح استثناء الكل لان الاستثناء تكلم بالحاصل بعده ولم يبق شئ ليصير متكلما به فيكون رجوعا فلا يصح وهذا اذا كان الاستثناء بلفظ المستثنى منه مثل أن يقول على عشرة الا عشرة أو يقول هؤلاء أحرار الا هؤلاء وأما اذا كان بخلاف لفظه يجوز وان أتى على الكل وذلك مثل أن يقول عبيدى أحرار الا هؤلاء أو يقول نسائى طوالق الا هؤلاء أو يقول عبيدى احرار الا مباركا وسالما وبزيعا أو يقول نسائى طوالق الا زينب وعمرة وفاطمة وليس له عبيد ولا نساء غير المستثنى صح الاستثناء فلا يعتق أحد منهم ولا تطلق واحدة منهن لانه اذا اختلف اللفظ يتوهم بقاء شئ من المستثنى منه اذا اللفظ صالح له وذلك يكفى لصحة الاستثناء ولا يشترط حقيقة البقاء لان الاستثناء يتبع صحة الكلام لفظا لا تحققا مادخل تحته ألا ترى أنه لو قال لامرأته أنت طالق ألفا الا تسعمائة وتسعين يصح حتى لا يقع عليها الا واحدة ولو كان يتبع صحة الحكم لوقع الثلاث كما اذا قال أنت طالق ثلاثا الا ألفا وعلى هذا لو قال أوصيت بثلث مالى الا ثلث مالى لا يصح الاستثناء ويأخذ الموصى له ثلث ماله ولو قال أوصيت له بثلث مالى الا ألفا وثلث ماله ألف لا غير صح الاستثناء ولا يستحق الموصى له شيأ لما ذكرنا أنه يتبع صحة اللفظ لانه تصرف لفظى فينبنى على صحة اللفظ لا على صحة الحكم بخلاف ما اذا وقع الاستثناء بعين ذلك اللفظ لانه لا يصلح لاخراج بعض ما تناوله اللفظ ولا للتكلم بالحاصل بعد الثنيا فلم يصح اللفظ ولا الاستثناء قال رحمه الله (وصح استثناء الكيلى والوزنى من الدراهم لا غيرهما) حتى اذا قال على ألف درهم الا قفيز حنطة أو الا دينارا صح

جنس له من كل وجه الا عند التعذر ولا تعذر ههنا لان المستحق واحد وكذلك لو قال له على كر حنطة ودرهم الا قفيز حنطة فان كان الانسان واحدا جعلت الاستثناء من نوعه استحسانا لان الصرف اليه أولى لانه جنس له من كل وجه كذا فى شرح الكافى وقال فيه أيضا ولو قال لفلان على ألف درهم أستغفر الله الا مائة درهم فالاستثناء باطل لان قوله أستغفر الله ليس من نسق الكلام لان الاستغفار لا يلائم الاخبار والاقرار فصار فاصلا وروى عن أبى حنيفة أنه لا يصير فاصلا لانه يستعمل فى العرف لاستدراك الغلط فصار كأنه قال غلطت الا مائة درهم فلا يعد فاصلا فلو قال لفلان على ألف درهم سبحان الله الا خمسين درهما لم يكن استثناء لان التسبيح لا يذكر وكذا لاستدراك الغلط فى مجرى العادة فكان نسقا آخر فعد فاصلا ولو قال لفلان على ألف درهم يا فلان الا عشرة دراهم كان الاستثناء جائزا لانه أخرجه مخرج الاخبار لشخص خاص وهذا صيغته فلا يعد فاصلا ولو قال لفلان على مائة درهم فاشهدوا على بها الا عشرة دراهم كان الاستثناء باطلا لان قوله فاشهدوا على بها حشو لا يحتاج الاقرار اليه فعد فاصلا بخلاف قوله يا فلان لانه لم يقع حشوا اه اتقانى (قوله فى المتن وصح استثناء الكيلى) قال الكاكى رحمه الله وفى الذخيرة واذا صح الاستثناء يطرح قدر قيمة المستثنى عن المقر وان كانت قيمة المستثنى تستغرق ما أقر به لا يلزمه شئ ثم ما ذكر أن جهالة المستثنى تلزم جهالة المقر به مخالف لما ذكره فى الذخيرة محالا الى المنتقى فقال قال أبو حنيفة لو قال لفلان على مائة درهم الا قليلا فعليه أحد وخمسون درهما وكذا فى نظائرها نحو قوله الا شيأ لان استثناء الشئ استثناء الاقل عرفا وأوجبنا النصف وزيادة درهم فقد استثنى الاقل وعن أبى يوسف لو قال على عشرة الا بعضها فعليه أكثر من النصف اه (قوله فى المتن والوزنى من الدراهم) يعنى أو من الدنانير كما نبه عليه الشارح بعد قوله قريبا من هذا المتن أو الا دينارا صح بقوله وكذا الخ اه وكتب ما نصه اعلم أنه اذا استثنى من خلاف الجنس ففيه خلاف فان كان استثناء المقدر من المقدر كما فى الصورة المذكورة يصح الاستثناء

عند أبي حنيفة وأبي يوسف استحسانا ويطرح قدر قيمة المستثنى مما أقر به والقياس أن لا يصح الاستثناء وهو قول محمد وزفر وان كان استثناء غير المقدر من المقدر لا يصح الاستثناء عندنا كما اذا قال لفلان على مائة درهم الا ثوبا قياسا واستحسانا خلافا للشافعي لان الاستثناء كلام آخر يعارض الصدر بحكمه وليس من شرطه المجانسة ألا ترى الى قوله وبلدة ليس بها أنيس * إلا اليعافير وإلا العيس قد استثنى من خلاف الجنس ولنا أن الاستثناء اخراج وتكلم بالباقي بعد الثنيا وعليه أهل اللغة فلا بد من المجانسة لان معنى الاستثناء لا يتحقق الا بان يكون المستثنى داخلا تحت صدر الكلام لو لم يكن الا والدخول تحت صدر الكلام لا يكون اذا لم توجد المجانسة فيكون الاستثناء لبيان أن المستثنى لم يدخل في الصدر وجه ما قال محمد وزفر أن استثناء جنس من خلاف جنس لا يصح قياسا على ما لو استثنى من المقدر ثوبا أو حيوانا في الحجة على أبي حنيفة وأبي يوسف وقياسا على ما لو استثنى كلبا في (١٥) الحجة على الشافعي وهذا لان الاستثناء اخراج بعض ما تناوله صدر الكلام وهذا المعنى لا يتحقق في خلاف الجنس فلا يطرح قيمة قدر المستثنى ووجه قول أبي حنيفة وأبي يوسف أن الاستثناء إخراج بعض ما دخل تحت صدر الكلام ولا يمكن اخراج المستثنى من صدر الكلام في حق التكلم لان ذلك لا يمكن لان الحقائق لا مرد لها ويمكن اخراجه في حق الحكم وهو الوجوب لان المقدرات كلها جنس واحد في حق الوجوب بالعقد ولهذا يصح ايجابها في الذمة كالدراهم فيصح استثناؤها فيصير تقدير الكلام له علي ألف الا قدر قيمة المستثنى فيصير صدر الكلام عدما في قدره في حق الوجوب بخلاف ما اذا استثنى غير المقدر حيث لا يصح لان ماليته غير معلومة لكونه متفاوتا في نفسه فيكون استثناء المجهول من المعلوم فيفسد ولان الثوب لا يجانس الدراهم لا صورة ولا وجوبا في الذمة فان الثوب لا يجب في الذمة الا سلما أو ما هو في معنى السلم كالبيع بثياب موصوفة والدراهم تجب مطلقا وهذا معنى قوله لا يجب بمطلق عقد المعاوضة فلم يجز أن يضم الى اقراره ما لم يتضمنه اقراره اه اتقاني ﴿فرع﴾ قال في شرح الكافي أيضا ولو قال لفلان ألف درهم ان شاء فلان فقال فلان قد شئت فهذا الاقرار باطل لانه علق وما نجز واللزوم حكم التنجيز لا حكم التعليق وكذلك كل اقرار علق بخطر أو شرط نحو قوله ان دخلت الدار أو ان مطرت السماء أو ان هبت الريح أو ان قضى الله أو ان أراده أو ان رضيه أو ان أحبه أو ان أصبت مالا أو ان كان كذلك أو ان كان ذلك حقا لانه تعليق الاقرار بالشرط فلا يكون اقرارا في الحال ولا يمكن جعله اقرارا عند وجود الشرط لانه ليس بموجود في تلك الحالة بخلاف تعليق الطلاق والعتاق لانا أبقيناه من حيث انه يمين وله حكم في الحال وهو الحمل أو المنع ثم اذا جاء الشرط انحل التركيب فوقع الطلاق وههنا الحكم بخلافه اه اتقاني (قوله كان الاقرار باطلا وان شاء فلان)

وكذا لو قال على مائة دينار الا قفيز شعير أو الا عشرة دراهم صح وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رضي الله عنهما وقال محمد وزفر رحمهما الله لا يصح ولو قال على مائة درهم الا ثوبا لا يصح باتفاق أصحابنا وقال الشافعي رحمه الله يصح فيهما يعني في المثلي وغيره لان حكم الاستثناء امتناع ثبوت الحكم في المستثنى لقيام الدليل المعارض عنده بمنزلة دليل الخصوص من العموم فاذا قال على عشرة الا خمسة يصير كأنه قال الا خمسة فانها ليست علي فاذا كان بطريق المعارضة يجب العمل بالدليل المعارض بقدر الامكان فاذا كان المعارض من جنسه يجب اخراج قدره وان كان من خلاف جنسه يجب اخراج قيمته عملا بالدليل المعارض بقدر الامكان ولمحمد وزفر أن الاستثناء اخراج بعض ما تناوله صدر الكلام على معنى أنه لولا الاستثناء لكان داخلا تحت اللفظ وهذا لا يتصور في خلاف الجنس لعدم دخوله تحت اللفظ ولابي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أن القياس ما قاله محمد وزفر رحمهما الله لما بينا الا أنهما استحسنا في المقدرات وهي المكيل والموزون لانها جنس واحد في المعنى من حيث انها تثبت في الذمة حالا ومؤجلا ويجوز استقراضها وان اختلفت صورتها فاذا كانت في المعنى جنسا واحدا جاز استثناؤها باعتبار المعنى لان الاستثناء استخراج بطريق المعنى على أن يصير الكلام به عبارة عما وراء المستثنى وما ذكره الشافعي لا معنى له لان المعارضة لا تثبت عند اختلاف المحل لان انتفاء أحدهما لا ينافي ثبوت الآخر فلا يتعارضان ولان العبد لا يقدر أن ينفي ما عليه من الواجب بطريق المعارضة فانه اذا أقر به لزمه ولا يتصور أن ينتفي بعد ذلك بانكاره ولو كان بطريق المعارضة كما ذكره لاستوى فيه البعض والكل كالنسخ وكذا كان يستوي فيه الاتصال والانفصال لان المعارض لا يشترط أن يكون مقارنا وانما ذلك في المغير ولان الاقرار خبر ولو كان بطريق المعارضة لكان أحدهما كذبا وذلك لا يجوز لانه موجود في القرآن قال الله تعالى فلبث فيهم ألف سنة الا خمسين عاما ولو كان هذا اخبارا عن لبثه فيهم ألف سنة ثم أخبر أنه لم يلبث فيهم خمسين عاما منها لكان كذبا تعالى الله عن ذلك علوا كبيرا وانما هو اسم للباقي بعد الثنيا كأنه قال فلبث فيهم تسعمائة وخمسين عاما لانك اذا قلت على عشرة الا خمسة فذلك اسم للخمسة كأنك قلت على خمسة لا أنك أقررت بعشرة ثم أسقطت الخمسة بعد ذلك بكلام معارض والمعدود الذي لا تتفاوت آحاده كالفلوس مثل المكيل والموزون حتى يجوز استثناؤه من الدراهم والدنانير قال رحمه الله (ولو وصل اقراره بان شاء الله بطل اقراره) لانه ابطال أو تعليق على ما بينا في الطلاق فان كان الاول فقد بطل وهو ظاهر وان كان الثاني فكذلك لان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط حتى اذا قال لفلان على ألف درهم ان شاء فلان كان الاقرار باطلا وان شاء فلان لانه

أي لان مشيئة فلان لا توجب الملك اه اختيار (قوله أو الى الاضحى) فهذا كله اقرار وهو حال عليه ان لم يقر الطالب بالاجل لانه ذكر الوقت وانه يذكر لتأخير المطالبة فكان مقرا بدين مؤجل فيلزمه اه اتقاني (قوله وشرط في المختصر أن يكون موصولا) قال في الهداية ومن أقر بحق وقال ان شاء الله متصلا باقراره لم يلزمه الاقرار قال الاتقاني وذلك لان المشيئة تمنع من لزوم ما يلزم عند عدمها قال تعالى ستجدني ان شاء الله صابرا ولا أعصي لك أمرا بيانه أنه لو لم يقل ان شاء الله ولم يصبر كان خلفا في الوعد فلما قال ان شاء الله ولم يصبر لم يصر مخلفا للوعد فعلم بذلك أن المشيئة اذا علق بها تمنع ثبوت الحكم وهذا الذي ذكرناه استحسان والقياس أن لا يصح الاستثناء ويلزمه المال ذكر الاستحسان والقياس خواهرزاده (١٦) في مبسوطه ووجه القياس أن فائدة التعليق تأخير الحكم الى أن يوجد الشرط وتأخير

ما كان متحققا في الماضي لا يصح لان الاقرار اخبار عما كان في ذمته في الماضي وليس بايجاب مبتدا في الحال ووجه الاستحسان أنه تعليق أمر ثابت في الحال بشرط غير متحقق لا يعرف وجوده كما في الطلاق والعتاق اذا علقا بمشيئة الله تعالى اه (قوله هل هذا الاستثناء الخ) أي الاستثناء بمشيئة الله تعالى اه (قوله في المتن ولو استثنى البناء من الدار الخ) قال الاتقاني قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي واذا كانت الدار في يدي رجل فأقر أنها لفلان الا بيتا منها معلوما فانه لي فهو على ما قال وكذلك لو قال الا ثلثها أو الا تسعة أعشارها فانه يصدق لانه بالاستثناء تبين أنه انما أقر بما سوى المستثنى لانه تكلم بالباقي ولو قال الدار لفلان وهذا البيت لي كانت الدار كلها لفلان وكذا لو قال الدار لفلان ولكن هذا البيت لي وكذلك لو قال هذه الدار لفلان وبناؤها لي أو قال هذه الارض لفلان ونخلها لي أو قال النخل باصوله لفلان وثمرته لي لانه فهما أقر به كله لفلان ثم ادعى شيأ منه بعد ذلك فلا يصدق لانه بجحة ولو قال هذه الدار لفلان الا بناءها فانه لي لم يصدق أيضا على البناء والبناء تابع وليس هذا باستثناء لان الاستثناء اخراج بعض ما دخل تحت صدر الكلام والبناء لم يدخل تحت صدر الكلام وانما دخل بطريق التبعية والاتباع لا يتناولها الاستثناء كما لو قال هذه الجارية لفلان الا بياضها أو جمالها فانه لي أليس أنه لا يصدق كذا هنا وكذلك لو قال هذا البستان لفلان الا نخله بغير أصوله فانه لي أو قال هذه الجبة لفلان الا بطانتها فانها لي أو قال هذا السيف لفلان الا حليته فانها لي لم يصح الاستثناء لانه استثناء للتوابع وانها لم تدخل تحت صدر الكلام كذا في شرح الكافي وقال شيخ الاسلام المعروف بخواهرزاده في باب

علقه بشرط في وجوده خطر والاقرار لا يحتمله لان التعليق بين والاقرار لا يحلف به ولانه اخبار متردد بين الصدق والكذب فان كان صدقا لا يصير كذبا بفوات الشرط وان كان كذبا لا يصير صدقا بوجود الشرط فلا يليق به أصلا وانما التعليق فيما هو ايجاب ليتبين بالتعليق أنه ليس بايقاع ما لم يوجد الشرط وكذلك كل اقرار علق بالشرط نحو قوله ان دخلت الدار أو أمطرت السماء أو هبت الريح أو ان قضى الله تعالى أو أراده أو رضيه أو أحبه أو قدره أو يسره أو ان بشرت بذلك فهذا كله وما شاكله مبطل للاقرار اذا كان موصولا للمعنى الذي ذكرنا ولو قال اشهدوا أن له علي ألف درهم ان مت فهو عليه ان مات أو عاش فان هذا ليس بتعليق فان موته كائن لا محالة ومراده أن يشهدهم على المال المقر به حتى لا تبقى ذمته مرتهنة ليشهدوا بعد موته اذا جحدت الورثة فيكون راجعا الى تأكيد الاقرار فيلزمه المال عاش أو مات وكذا لو قال علي ألف اذا جاء رأس الشهر أو اذا أفطر الناس أو الى الفطر أو الى الاضحى لان هذا ليس بتعليق وانما هو دعوى الاجل الى الوقت المذكور فيكون اقرارا مقبولا ودعواه الاجل لا يقبل الا بحجة هكذا ذكره في النهاية وذكر في المحيط في باب تعليق الاقرار بالشرط هذه المسئلة فقال أصله أن تعليق الاقرار بالشرط باطل والمال لازم لان الاقرار اخبار عن كائن سابق والكائن لا يعلق بالشرط وانما يعلق بالشرط غير الكائن ليصير كائنا عند وجود الشرط ولانه اخبار متردد بين الصدق والكذب فان كان صدقا لا يصير كذبا بفوات الشرط وان كان كذبا لا يصير صدقا بوجود الشرط فلا فائدة في تعليقه بالشرط فلغا التعليق الاقرار بالشرط الا اذا كان الشرط سببا كحلول الاجل والموت ومجيء الغد فيصح تعليقه بذلك الشرط لانه يراد به الاخبار عن محل الاجل هكذا ذكره في مسائل المبسوط وذكر في النهاية في أوائل هذه المسئلة معزيا الى المبسوط فقال لو قال غصبت منك هذا العبد أمس ان شاء الله تعالى لم يلزمه شيء استحسانا والقياس أن استثناءه باطل لان ذكر الاستثناء بمنزلة ذكر الشرط وذلك انما يصح في الانشاآت دون الاخبارات ولكنه استحسن فقال الاستثناء مخرج للكلام من أن يكون عزيمة لا أن يكون في معنى الشرط ألا ترى أن موسى عليه الصلاة والسلام لم يعاتب على ترك الصبر ولم يخرج لعوتب لان الوعد من الانبياء عليهم الصلاة والسلام كالعهد من غيرهم والاقرار لا يكون الا بكلام هو عزيمة وهذا يشير الى ما قال في المحيط وشرط في المختصر أن يكون موصولا لانه لو كان مفصولا لا يؤثر خلافا لابن عباس هو استدل بما روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال والله لأغزون قريشا ثم قال بعد سنة ان شاء الله قلنا هو مغير والمغير لا يصح الا متصلا كالشرط واستثناء النبي عليه الصلاة والسلام كان لامتثال أمر الله تعالى بقدر الامكان لان المنع الانعقاد وقد ذكرنا في كتاب الطلاق هل هذا الاستثناء تعليق بشرط لا يعلم وجوده أو ابطال وذكرنا الخلاف فيه بين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله فلا نعيده قال رحمه الله (ولو استثنى البناء من الدار

الاقرار في الدار من مبسوطه ولو أقر فقال هذه الدار لفلان الا بناءها فانه لي فانه لا يصح هذا الاستثناء وتكون الارض مع البناء للمقر فرق بين هذا وبين ما اذا أقر فقال هذه الدار لفلان الا هذا البيت كان الاستثناء صحيحا وكان ما عدا البيت للمقر له وجه الفرق بينهما هو أن البناء انما دخل تحت الاقرار تبعا من حيث انه مركب لا مقصودا كما دخل البناء تحت بيع الدار تبعا لا مقصودا حتى اذا احترق البناء قبل القبض لا يسقط شيء من الثمن ولكن يتخير المشتري فدل أن البناء انما دخل تحت الاقرار بالدار تبعا لا مقصودا ولا يجوز استثناء ما دخل تحت الاقرار تبعا كما لو أقر بالعبد واستثنى يده أو رجله أو صفة من أوصافه لم يصح لانه دخل تحت الاقرار تبعا فلم يصح استثناؤه وهذا لأن الاستثناء استخراج للمستثنى مقصودا من اللفظ فلا يجوز اضافته الى ما دخل تحت الاقرار تبعا كالاقالة لا يجوز اضافتها الى ما دخل تحت البيع تبعا لانه فسخ للبيع مقصودا واذا لم يصح الاستثناء صار كأنه لم يستثن ولو لم يستثن البناء كان البناء والارض للمقر فكذلك هذا بخلاف البيت فانه دخل تحت الاقرار مقصودا كما في البيع يدخل تحت البيع مقصودا حتى لو استحق البيت سقط حصته من الثمن واستثناء ما دخل تحت الاقرار مقصودا صحيح واذا صح الاستثناء جعل مقرا له بما وراء البيت وكذلك لو قال هذا البستان لفلان الا نخيله بغير أصوله فانه لي فانه لا يصح الاستثناء لان النخل انما دخل تحت الاقرار بالبستان تبعا لا مقصودا كما في البيع وكان كالبناء من هذا الوجه واستثناء البناء لا يصح فكذلك هذا بخلاف ما لو استثنى نخيله بأصوله لان الاصل دخل تحت الاقرار (١٧) مقصودا لا تبعا فكان كالبيت وكذلك لو قال هذه الجبة لفلان الا بطانتها لان البطانة دخلت تحت الاقرار بالجبة تبعا لا مقصودا كما في البيع تدخل البطانة تحت بيع الجبة من غير ذكر تبعا فكانت كالبناء قال خواهرزاده وقد ذكر في السير الكبير أن الامام اذا نفل فقال من أصاب جبة خز فهي له فأصاب جبة خز كان له الظهارة دون البطانة فلم تجعل البطانة في التنفيل تبعا للجبة واعتبر ههنا تبعا للظهارة حتى لم يصح الاستثناء وتأويل ذلك أن ما قال في

فهما للمقر له) لان البناء دخل في الاقرار تبعا لا مقصودا فصار وصفا والاستثناء تصرف لفظي فلا يصح الا من الملفوظ ولكون البناء وصفا لا يسقط باستحقاقه قبل القبض شيء من الثمن وانما يثبت للمشتري الخيار كفوات سائر الأوصاف بخلاف ما اذا قال الا ثلثها أو الا بيتا منها لان أجزاء الدار داخلة تحت لفظ الدار فيصح استثناؤها ولهذا لو استحق هذا الجزء أو فات قبل القبض يسقط بحصته من الثمن والطوق في الجارية والفص في الخاتم والنخلة في البستان نظير البناء في الدار قال رحمه الله (وان قال بناؤها لي والعرصة لفلان فهو كما قال) لان العرصة عبارة عن البقعة دون البناء فصار كأنه قال بياض هذه الارض دون البناء لفلان بخلاف ما اذا قال مكان العرصة الارض بأن قال بناء هذه الدار لي وأرضها لفلان حيث يكون له البناء أيضا لان الارض كالدار فيتبعها البناء بخلاف ما اذا قال بناء هذه الدار لزيد والارض لعمرو حيث يكون لكل واحد منهما ما أقر له به لانه لما أقر بالبناء لزيد صار ملكا له فلا يخرج عن ملكه باقراره لعمرو بالارض اذ لا يصدق قوله في حق غيره بخلاف المسئلة الأولى لان البناء مملوك له فاذا أقر بالارض لغيره يتبعها لان اقراره مقبول في حق نفسه ولو قال أرض هذه الدار لفلان وبناؤها لي أو لفلان كان الكل للاول لانه لما أقر بالارض له ملك البناء تبعا فلا يقبل قوله بعد ذلك انه لغيره ولو قال بناء هذه الدار لفلان وأرضها لفلان فلكل واحد منهما ما أقر له به لقيام ملكه عند الاقرار لهما فينفذ وتخريج جنس هذه المسائل مبني على أن دعواه لنفسه لا يمنع صحة الاقرار به لغيره وان اقراره لا يقبل في حق غيره قال رحمه الله (ولو قال على ألف من ثمن عبد لم أقبضه فان عين العبد وسلمه اليه لزمه الالف والا فلا) أي ان عين

(٣ - زيلعي خامس) السير الكبير محمول على جبة خز بطانتها مثل ظهارتها في النفاسة فلا تكون البطانة تبعا للظهارة فكانتا بمنزلة جبتين وما ذكر هنا محمول على جبة بطانتها في النفاسة دون الظهارة فتكون تبعا للظهارة ولا تكون بمعنى جبتين حتى لو كانت البطانة مثل الظهارة في النفاسة بان كانت جبة خز ظهارتها وبطانتها من خز أو من غير خز لكنها في النفاسة مثلها يصح استثناء البطانة لان كل واحد منهما يكون داخلا تحت الاقرار مقصودا لا تبعا فيصح استثناء أحدهما من الآخر حينئذ قال وكذلك لو قال هذا السيف لفلان الا حليته فانه لي فانه لا يصح الاستثناء لان الحلية دخلت تحت الاقرار بالسيف تبعا في البيع ولهذا لا يسقط بفواته قبل القبض شيء من الثمن فكانت بمنزلة البناء من هذا الوجه اه (قوله والنخلة في البستان نظير البناء في الدار) يعني كما لم يصح استثناء البناء لا يصح استثناء الفص والنخلة لانه داخل تحت الصدر تبعا لا لفظا اه اتقاني قوله تبعا أي للمقر له اه (قوله في المتن وان قال) ليس في خط الشارح اه (قوله لان العرصة عبارة عن البقعة) قال الاتقاني لان العرصة في اللغة عبارة عن كل بقعة ليس فيها بناء اه (قوله لان الارض الخ) قال الاتقاني لان الارض عبارة عن الاصل فيكون الاقرار بالاصل اقرارا بالتبع قال الحاكم في الكافي ولو بدأ فقال بناء هذه الدار لي وأرضها لفلان كانت الارض والبناء لفلان ولو قال هذه الارض لفلان كانت الارض والبناء لفلان اه (قوله ولو قال بناء هذه الدار) هذه المسئلة تقدم ذكرها بقوله بخلاف ما اذا قال بناء هذه الدار لزيد والارض لعمرو والظاهر أنه انما أعادها ليقابل بها ما ذكره قبلها من قوله ولو قال أرض هذه الخ اه قارئ الهداية (قوله في المتن والا فلا) أي وان لم يسلم المقر له العبد لا يلزم المقر الالف وأما اذا لم يعين المقر العبد فحكمه

يأتي بعد هذه المقالة متناوشرحا اه (قوله وانما بعتك عبدا آخر وسلمته اليك) أي ولي عليك الف درهم ثمنه اه (قوله والحكم فيه كالاول) أي أنه يلزمه ألف درهم اه (قوله فقال المقر له هي الخ) اعلم أنه اذا أقر أن لفلان عليه ألف درهم من ثمن هذا العبد فلا يخلو إما أن يكون العبد في يد المقر أو في يد المقر له أو في يد ثالث فان كان في يد المقر فان صدقه الطالب فيما أقر لزمه ألف درهم لان الثابت بتصادقهما كالثابت معاينة ولو عاينا أنه اشترى منه هذا العبد والعبد في يده كان عليه ألف درهم فكذلك هذا فاما اذا قال الطالب العبد عبدي وانما بعتك عبدا غيره وأخذ العبد منه فانه لا يلزمه شئ لانهما لم يتصادقا على الوجوب فان المقر انما أقر له بألف درهم بدلا عن هذا العبد فاذا لم يسلم له العبد لا يسلم المقر له بدله فاما اذا قال العبد عبدك وانما بعتك عبدا غيره ولي عليك ألف درهم ثمنه فانه يلزمه ألف درهم لانهما اختلفا في الجهة التي وجب الالف واتفقا على الوجوب أما الطالب فلأنه ادعى وجوب ألف درهم بسبب بيع عبد آخر اشترى منه وقبضه وهو قد أقر بالوجوب بدلا عن هذا العبد وقد سلم له العبد فقد تصادقا على الوجوب واختلفا في جهة الوجوب وفي مثل هذا يقضى بألف درهم كما لو أقر فقال علي ألف درهم لفلان من غصب وقال الآخر لا من قرض وان كان العبد في يد المقر له ان صدقه المقر له

فيما أقر به فانه يسلم الثمن ويأخذ العبد لان بيع هذا العبد ثبت بتصادقهما فصار كالثابت معاينة ولو عاينا أنه اشترى منه هذا العبد والعبد في يد البائع فقال للمشتري انقد الثمن وخذ العبد صح فكذلك هذا فاما اذا قال العبد عبدك ولي عليك ألف درهم من ثمن عبد آخر قبضته مني فانه يلزمه ألف درهم لانهما تصادقا على الوجوب واختلفا في جهة الوجوب والاختلاف في الجهة لا يمنع الوجوب متى تصادقا على الوجوب وهذا لانه لا عبرة باختلاف الطريق اذا وقع الاتفاق على الحكم وان قال لم أبعك هذا العبد والعبد عبدي وانما بعتك عبدا آخر وقبضته مني لا يلزمه الالف لانهما لم يتصادقا على الوجوب لان المقر ما أقر بوجوب الالف مطلقا وانما أقر بوجوب الالف على المقر له لا عن العبد البائع ولم يسلم له العبد فلا يكون مقرا بالوجوب فيحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه فيسلم العبد للمقر له ويبطل المال لان الطالب يدعي عليه تسليم الثمن ببيع غير هذا العبد وهو ينكر والمقر يدعي تسليم هذا العبد وهو ينكر فيتحالفان فلو كان العبد في يد ثالث ان صدقه المقر له وأمكنه تسليمه لزمه المال والا فلا اه اتقاني رحمه الله (قوله وهو يوجب التحالف) أي فاذا تحالفا بطل المال عن المقر والعبد سالم لمن هو في يده اه كي (قوله في المتن وان لم يعين لزمه الالف) قال الاتقاني قال في التقريب في تعليل أبي حنيفة ان اقراره يقتضي ثبوت المال في ذمته واضافته الى مبيع غير معين يقتضي استناطه فلم يصدق في الرجوع عن الاقرار ولانه لا يخلو إما ان يدعي جهالة المبيع حالة العقد فلا يستحق عليه ثمنه أو يدعي أنه كان معلوما ثم جهل وهذا يوجب فساد البيع وسقوط الثمن ألا ترى أن من اشترى عبدا فاختلط بغيره فسد البيع ومن اعترف بدين ثم ادعى سقوطه لم يقبل وليس كذلك المبيع المعين لان ثمنه يجوز أن يلزمه فقد أضاف الدين الى جهة يجوز ثبوته منها اه (قوله بيانه أن الثمن الخ) أي بيان أنه يؤدي الى تأخير الثمن أبدا اه

المقر العبد وسلمه المقر له الى المقر لزم المشتري الثمن بهذا القيد لانه أقر له بألف على صفة فيلزمه على الصفة التي أقر بها وهذه المسئلة على وجوه أحدها ما ذكرنا وهو ما اذا صدقه وسلمه اليه وحكمه ما ذكرنا لان ما ثبت بتصادقهما يكون كالثابت عيانا والثاني أن يقول المقر له العبد عبدك ما بعتكه وانما بعتك عبدا آخر وسلمته اليك والحكم فيه كالاول لانهما اتفقا على ما أقر به من أن كل واحد منهما يستحق ما أقر به غير انهما اختلفا في سبب الاستحقاق ولا يبالى باختلافهما ولا باختلاف السبب عند حصول المقصود واتحاد الحكم فصار كما اذا أقر له بغصب ألف درهم فقال المقر له هي قرض فانه يؤمر بالدفع اليه لاتفاقهما على الاستحقاق والثالث أن يقول العبد عبدي ما بعتكه وحكمه أن لا يلزم المقر شئ لما ذكرنا انه أقر له على صفة وهي سلامة العبد له فلا يلزمه بدونها والرابع أن يقول المقر له لم أبعك هذا العبد وانما بعتك عبدا آخر فحكمه أن يتحالفا لانهما اختلفا في المبيع وهو يوجب التحالف قال رحمه الله (وان لم يعين لزمه الالف كقوله من ثمن خمر أو خنزير) أي وان لم يعين المقر العبد لزمه الالف كما اذا أقر بألف من ثمن خمر فانه يلزمه الالف ولم يقبل قوله انه لم يقبض المبيع ولا تفسيره بثمن الخمر وصل أم فصل وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله ان وصل صدق في المسئلتين فلا يلزمه شئ وان فصل لم يصدق اذا أنكر المقر له أن يكون ذلك من ثمن عبد أو خمر لانه أقر له بالمال وبين سببه وهو غير صالح لان ثمن عبد مجهول لا يجب سواء كانت الجهالة عند العقد أو بعده بالاختلاط بأمثاله لانه يفسده العقد أو يهلك به المبيع قبل القبض فلا يجب به الثمن وكذا ثمن الخمر لا يجب وصدر كلامه يقتضي الوجوب فصار بيانا مغيرا كالاستثناء والشرط والمغير يصح موصولا لا مفصولا ولابي حنيفة رحمه الله ان صدر كلامه لما كان للوجوب فاتيانه في آخره بما ينافي الوجوب رجوع عنه فلا يصح موصولا كان أو مفصولا ولان المقر لو ادعى تأخير الثمن الى شهر لا يقبل اقراره في التأجيل ويجب عليه حالا فيؤدي اضافة البيع الى المجهول وانه يؤدي الى التأخير أبدا كان أولى بيانه أن الثمن لا يجب تسليمه الا بعد احضار البائع المبيع فلو أحضر البائع عينا يسلمه اليه فللمشتري أن يقول المبيع غير هذا وكذا في الثاني والثالث الى ما لا يتناهى فلا يصل

(قوله هذا اذا كذبه المقر له) أى فى السبب بان قال لى عليك ألف لكنها ليست من ثمن مبيع اه (قوله وانما يجب بالقبض) أى فى مسئلة الكتاب أما فى الشراء بشرط الخيار لا يجب الثمن وان قبض أيضا ما لم يسقط الخيار ومعنى قوله وانما يجب بالقبض أى انما تتأكد الوجوب والا فالثمن فى البيع البات يجب بنفس الشراء اه كاكى وكتب على قوله وانما يجب بالقبض ما نصه كان ينبغى أن يقول وانما يجب بالبيع البات اه من خط قارئ الهداية ﴿فرع﴾ قال شيخ الاسلام علاء الدين فى شرح الكافى ولو قال على ألف درهم من ثمن خمر ووصل لم يصدق فى قياس قول أبى حنيفة ويصدق فى قول أبى يوسف ومحمد هما مر اعلى أصلهما أن هذا بيان مغير

البائع الى قبض الثمن أبدا فكان باطلا بخلاف ما اذا كان المبيع معينا لانه لا يتأتى فيه ذلك فلا يؤدى الى البطلان فيلزمه على الوجه الذى أقر به على ما بيناه هذا اذا كذبه المقر له وان صدقه فى السبب بأن قال بعتكه فكذلك عند أبى حنيفة رحمه الله لانه لزمه الثمن بالاقرار فلا يسقط عنه الا اذا أقر المقر له ان المقر لم يقبض المبيع وعندهما القول قول المقر انه لم يقبض المبيع فصل أم وصل لان البيع لما ثبت بتصادقهما بقى أمر القبض مجملا لانه لم يقر بقبض المبيع نصا ولا اقتضاء لان الاقرار بوجوب الثمن لا يكون اقرارا بقبض المبيع اذ هو واجب بالعقد فصار كما اذا ادعى عين المبيع بخلاف ما اذا لم يصدقه فى السبب حيث لا يصح مفصولا لانه تغيير على ما بينا فلا يصح منفصولا وهنا لا تغيير فيه لتصادقهما فى السبب فصار من باب الجهالات فيصح بيانه مفصولا وموصولا ولو قال انى اشتريت منه مبيعا الا أنى لم أقبضه كان القول قوله بالاجماع لانه لم يقر بوجوب الثمن عليه وانما أقر بوجود الشراء منه وبمجرد العقد لا يجب الثمن لانه اذا اشتراه بشرط الخيار لا يجب عليه الثمن وانما يجب بالقبض فلا يكون الاقرار بالعقد اقرارا بالقبض فلا يجب بخلاف ما تقدم عند أبى حنيفة رحمه الله مطلقا وعندهما اذا فصل البيان لانه قد أقر هناك بالوجوب فلا يسقط بآخر كلامه على اختلافهم على ما بينا ولو قال لفلان على ألف درهم حرام أو ربا فهى لازمة له لاحتمال أن يكون هذا حلالا عند غيره ولو قال لفلان على ألف درهم زورا أو باطلا ان صدقه المقر له فلا شئ عليه وان كذبه لزمه ولو أقر أنه باع عبده هذا من فلان وادعى أنه لم يقبض الثمن وجحده كان له ذلك لان العبد فى يده فالظاهر أنه ملكه فاذا أقر به لغيره نفذ على الوجه الذى أقر به وكان القول له اذا أنكر المقر له قال رحمه الله (ولو قال من ثمن متاع أو أقرضنى وهى زيوف أو نبهرجة لزمه الجياد بخلاف الغصب والوديعة) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا ان وصل صدق وان فصل لا يصدق وقال فى الهداية وعلى هذا الخلاف اذا قال هى ستوقة أو رصاص وذكر فى النهاية لابى يوسف فيهما روايتين وعزاه الى الجامع الصغير لقاضيخان اهما أنه تفسير مغير فيصح بشرط الوصل وهذا لان اسم الدراهم يتناول الجياد والزيوف بحقيقته حتى لو تجوز بالزيوف فى الصرف والسلم جاز والستوقة بمجازه الا أن مطلقه ينصرف الى الجياد لان التعامل يقع بها والاذهان تسبق اليها فكان غير الاصل من هذا الوجه فيصح بشرط الوصل كما اذا قال الا أنها وزن خمسة ونقد البلد وزن سبعة ولابى حنيفة رحمه الله أن هذه الاشياء عيب والعقد يقتضى السلامة عنه ودعواها رجوع عن مقتضى ما أقر به فلا يصح فصار كما اذا قال بعتك معيبا وقال المشترى لا بل سليما فالقول له لما ذكرنا والستوقة والرصاص ليسا من الاثمان والبيع يرد على الثمن فكان رجوعا بخلاف قوله الا انها وزن خمسة لانه استثنى القدر فصار مغيرا فيصح بشرط الوصل وبخلاف ما اذا قال على كر حنطة من ثمن دار اشتريتها منه الا أنها رديئة حيث يقبل موصولا ومفصولا لان الرداءة نوع لا عيب فطلق العقد لا يقتضى السلامة عنها بخلاف الجودة لان العقد يقتضيها ولا يصح

وأبو حنيفة يقول لما قال على فقد وصف بالوجوب فاذا قال من ثمن خمر فقد ناقض لان ثمن الخمر لا يتصف بالوجوب عليه كذا فى شرح الكافى ولكن هذا فيما اذا كذبه الطالب أما اذا صدقه فى ذلك لا يلزمه شئ فى قولهم جميعا لان الثابت بتصادقهما كالثابت معاينة وكذلك الحكم فيما اذا قال من ثمن حر أو ميتة أو دم وبه صرح شيخ الاسلام خواهرزاده فى مبسوطه فى باب الاقرار بدين من ثمن متاع ونقل فى الاجناس عن كتاب اقرار الاصل رواية هشام لو قال لفلان على ألف درهم من ثمن خمر أو خنزير وهما مسلمان وقال الطالب بل هو من ثمن برفالمال لازم للمطلوب فى قول أبى حنيفة مع يمين للطالب وقال أبو يوسف القول قول المطلوب مع يمينه ولا شئ عليه الا ترى أنه لو قال على درهم ثمن ميتة أو رطل خمر كان باطلا ثم قال فى الاجناس

ذكر فى نوادر أبى يوسف رواية ابن سماعة لو قال لفلان على ألف درهم حرام أو باطل لزمه فى قول أبى حنيفة اه اتقانى (قوله فى المتن أو نبهرجة) أى وقال المقر له جياد اه (قوله وقالا ان وصل صدق) أى ولزمه ما أقر به اه (قوله أو رصاص) يعنى عند أبى حنيفة لا يصدق وصل أم فصل فيلزمه الجياد وعندهما يصدق ان وصل وهذا فى غير الغصب وأما فى الغصب فسيأتى الحكم فيه فى الشارح آخر هذه الصفحة اه (قوله فيهما روايتين) أى فى رواية مع أبى حنيفة وفى رواية مع محمد اه (قوله فطلق العقد الخ) قال شمس الائمة السرخسى فى أصوله فى فصل بيان التغيير والتبديل الرداءة ليست بعيب فى الحنطة فالعيب ما يخلو عنه أصل الفطرة والرداءة فى الحنطة تكون بأصل الخلقة فيكون هذا بيان النوع لا بيان العيب فيصح موصولا كان أو مفصولا وقال فى كتاب التقريب اذا قال له على عشرة أقفزة من

ثمن مبيع ثم قال هي كاسدة لم يصدق عند أبي حنيفة وان وصل لان كساد الفلوس عيب فيها فصار كالزيوف وروى عن أبي يوسف مثله وفرق بين الكاسدة والزيوف لانه اذا ادعى الكساد فقد ادعى فساد المعقود عليه ثم رجع وقال يصدق اذا وصل وهو قول محمد لان استثناء الصفة كاستثناء القدر اه اتقاني (قوله لان الغصب لا يقتضي السلامة) أي عن العيب عرفا لان كلا منهما كما يرد في الجياد يرد في الزيوف فكان ذلك بيان النوع فصح موصولا ومفصولا فصار كما اذا ادعى بالغصب والوديعة بان غصب ثوبا أو كان عنده وديعة فجاءه وهو معيب خلق فقال كان ذلك يوم الغصب أو الوديعة كان القول قوله فكذا هذا وقال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير وفي قول زفر والحسن بن زياد ان قال موصولا يقبل قوله وان قال مفصولا لا يقبل قوله اه اتقاني (قوله وفي الستوقة الخ) قال في الهداية ولو قال هي ستوقة أو رصاص بعد ما أقر بالغصب والوديعة ووصل صدق وان فصل لم يصدق قال الاتقاني قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد وان قال هي ستوقة أو رصاص صدق ان وصل ولم يصدق اذا فصل يعني في الغصب والوديعة وذلك لانها ليست من جنس الدراهم حقيقة وان كانت من جنسها صورة فصار ارادتها باسم الدراهم كارادة المجاز باسم الحقيقة واذا بين أنه أراد باللفظ المجاز (ص ٣٠) موصولا قبل والا فلا اه وكتب على قوله وفي الستوقة ما نصه عطف على قوله في الزيوف والنبهرجة اه (قوله يصدق في الزيوف ان وصل) يعني اذا قال لفلان علي ألف درهم قرض هي زيوف يصدق اذا وصل قوله هي زيوف بقوله ألف درهم قرض أما اذا قطع كلامه ثم قال بعد زمان هي زيوف لا يصدق باتفاق الروايات وذلك لان القرض يقضي بالمثل فربما يكون المقبوض زيفا فيصدق فيما اذا وصل كما في الغصب وأراد بالاصول الجامعين والزيادات والمبسوط وهي ظاهر الرواية وغيرها غير ظاهر الرواية كالامالي والنوادر والرقيات والهارونيات والكيسانيات اه اتقاني (قوله ولم يذكر السبب) أي كالبيع والقرض اه (قوله يصدق اجماعا) أقر قال الاتقاني لان اسم الدراهم يتناولها أي يتناول الزيوف قال في الفتاوى الصغرى ولو أرسل ولم يبين الجهة ثم قال هي زيوف قال الفقيه أبو جعفر لم يذكر هذا في الاصول فمن المشايخ من قال هو على الاختلاف ومنهم من قال ههنا يصدق اجماعا لان الجودة تجب على بعض الوجوه دون البعض فلا يجب مع الاحتمال الى هنا لفظ الفتاوى الصغرى والذي قال على الاختلاف هو الكرخي كذا ذكر قاضيخان في شرح الجامع الصغير فمن هذا عرفت قوله في المتن وقيل لا يصدق أي لا يصدق على مذهب أبي حنيفة وصل أم فصل وعندهما يصدق اذا وصل لانه بيان تغيير فيصح بشرط الوصل وعند أبي حنيفة لا يصدق لانه رجوع عما أقر به وذلك لان الاقرار الصادر منه مطلقا ينصرف الى العقود كالقرض ومن البيع لانها هي المشروعة والحكم في القرض والبيع هذا عنده ولا ينصرف الى الغصب حتى يجعل مصدقا في دعوى الغصب لانه حرام فلا يجوز حمل أمر المسلم على الحرام ما أمكن ولا يقال يمكن أن ينصرف اقراره الى الوديعة فيصدق في دعوى الزيافة كما في الغصب لانا نقول قوله على ألف درهم ينفي الوديعة لانها ليست في الذمة اه ما قاله الاتقاني رحمه الله (قوله وعليه الفتوى) هزاه الاتقاني الى شرح الجامع الصغير لقاضيخان اه (قوله وعليه الفتوى) مكرر اه (قوله كالوديعة) فكان القول قوله فيما غصب سواء وصل أو فصل اه اتقاني

استثناؤها على ما بينا في استثناء البناء بخلاف ما اذا أقر بغصب ألف درهم أو بالوديعة حيث يقبل قوله في هذه الاشياء لان الغصب لا يقتضي السلامة لان الانسان يغصب ما يصادف و يودع ما عنده فلا يقتضي السلامة فيقبل قوله الا انه في الزيوف والنبهرجة يقبل قوله مطلقا مفصولا وموصولا لانها نوع من الدراهم وفيه يقبل مفصولا ولان الاختلاف اذا وقع في المقبوض كان القول قول القابض ضمينا كان أو أمينا وفي الستوقة لا يصدق الا موصولا لانها ليست من جنس الدراهم وانما يتناولها الاسم مجازا فكان من باب التغيير فلا يصح مفصولا وعن أبي حنيفة رحمه الله في غير رواية الاصول في القرض أنه يصدق في الزيوف ان وصل لان القرض يتم بالقبض فأشبه الغصب والوديعة والظاهر هو الاول لانه يجب بالتعامل فأشبه ما يجب بالبيع وعن أبي يوسف رحمه الله أنه اذا قال غصبت ألفا ثم قال هي زيوف لم يصدق اذا فصل كما في القرض لان كلا منهما مضمون عليه بالقبض ولو قال لفلان علي ألف درهم زيوف ولم يذكر السبب قيل يصدق اجماعا اذا وصل لانه لم يصرح بالعقد واستحقاق الجودة به وقيل هو على الخلاف لان مطلق الوجوب يحمل على انه وجب عليه بسبب موضوع له وهو التجارة فيكون على الخلاف قال رحمه الله (ولو قال الا أنه ينقص كذا متصلا صدق والا فلا) لانه استثنى القدر فيكون تغييرا فيصح موصولا لا مفصولا على ما بيناه غير مرة ولو كان الانقطاع بسبب انقطاع النفس أو بسبب دفع السعال فعن أبي يوسف أنه يصح اذا وصله به وعليه الفتوى لان الانسان يحتاج الى أن يتكلم بكلام كثير و يذكر الاستثناء في آخره ولا يمكنه أن يتكلم بجميع ذلك بنفس واحد فلو لم يجعل عذرا يكون عليهم حرج وعليه الفتوى قال رحمه الله (ومن أقر بغصب ثوب وجاء بعيب صدق) لان الغصب لا يختص بالتسليم كالوديعة على ما بيناه قال رحمه الله (وان قال أخذت منك ألف الوديعة وهلكت وقال أخذتها غصبا فانه وضامن) لانه

(قوله فكان القول قوله) أي القول قول المقر له مع يمينه اه (قوله الا أن ينكل المقر له عن اليمين فحينئذ لا ضمان على المقر اه (قوله وهذا بخلاف ما اذا قال) أي المقر له اه (قوله له) أي للمقر اه (قوله حيث يكون القول قول المقر) أي وكذا في البيع مكان القرض يكون القول قول المقر مع يمينه بلا خلاف اه من خط قارئ الهداية رحمه الله (قوله وقال المقر له بل أخذته بيعا) في الخلاصة أخذت منك هذا الثوب عارية وقال صاحبه بل أخذته بيعا فالقول قول المقر وهذا اذا لم يلبسه أما اذا لبس وهلك يضمن اه (قوله لا يضمن المقر) قال الاتقاني لانه ما أقر بالفعل من نفسه حيث أضاف الفعل الى المقر له فلم يكن مقرا بسبب الضمان الا أن ينكل عن اليمين فحينئذ يضمن كذا قال الامام الزاهد العتابي في شرح الجامع الصغير أما اذا لم يذكر المقر لفظ الاخذ وقال أودعتني ألف درهم أو قال دفعت الي ألف درهم فضاعت وقال الطالب غصبتني وأنت ضامن فالقول قول المقر مع يمينه ولا ضمان عليه لانه لم يقر بسبب الضمان ذكره خواهرزاده في مبسوطه في باب الاقرار بالوديعة اه (٣١) (قوله كالاقرار بالاخذ) يعني لو قال المقر قبضت منك ألف درهم وديعة فقال المقر له غصبتها كان ضامنا كما اذا قال أخذتها وديعة اه اتقاني (قوله قلنا قد يكون هو) أي الدفع والاعطاء اه (قوله بالتخلية والوضع بين يديه) أي بدون قبضه فلا يكون مقرا بالقبض اه اتقاني (قوله فلا تقبل دعواه) أي دعواه الايداع لانه حجة اه اتقاني (قوله فوجب عليه رد العين) أي على المأخوذ منه اه (قوله في المتن فرده) فقال فلان كذبت بل الدابة والثوب لي اه اتقاني (قوله وعلى هذا الخلاف الاقرار بالاعارة) أي بان قال أعرت دابتي هذه فلانا فركبها وردها أو قال أعرت ثوبي هذا فلانا فلبسه ورده اه (قوله أو الاسكان) بان قال أسكنت فلانا بيتي هذا ثم أخرجته فادعى الساكن أنه له فالقول لصاحب البيت عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد القول قول الساكن بعد ما يحلف أنه ما أسكنه اه اتقاني (قوله وجه القياس أنه) أي للمقر اه (قوله فيجب عليه الرد) أي على المقر له اه (قوله وجه الاستحسان أن اليد في الاجارة والاعارة ثبتت الخ) قال الاتقاني واستحسن أبو حنيفة الفرق بين مسئلة الوديعة حيث جعل فيها القول قول المقر له وبين مسئلة الاعارة والاجارة حيث جعل القول قول المقر وذكر التمي الفرق بينهما فقال ان في مسئلة الوديعة قال أخذتها منه فوجب جزاؤه وجزاء الاخذ الرد وفي مسئلة العارية قال فردها علي فاقتراقهما في الوضع قالوا في شروح الجامع الصغير هذا الفرق ليس بشيء لانه ذكر الاخذ في كتاب الاقرار وكذلك ذكر عن أبي يوسف ومحمد فقال يأخذها الذي أقر أنه أخذها منه ولانه أقر له باليد مع ذلك وانما الفرق من وجهين أحدهما أن الشارع أحسن في اطلاق العواري والاجارات رفقا بالناس وقضاء لحوائجهم مع أن المنافع معدومة وكل قياس يرجع الى نقض هذا الاستحسان فهو باطل مثل قياس من علل بعدم المنافع لابطال هذه العقود واذا كان اطلاق العواري والاجارات لارفاق الناس فلو لم يقبل قول المقر بعد ذلك لامتنع الناس عن العارية والاجارة

أقر بسبب الضمان وهو الاخذ لان أخذ مال الغير سبب لوجوب الضمان لقوله عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى تؤدي ثم ادعى ما يوجب البراءة وهو الاذن بالاخذ والآخر ينكره فكان القول قوله مع يمينه ووجب الضمان على المقر باقراره بسبب الضمان الا أن ينكل فيحلف على اليمين وهذا بخلاف ما اذا قال له بل أخذتها قرضا حيث يكون القول قول المقر لانهما تصادقا على أن الاخذ حصل باذنه والاخذ باذن المالك لا يكون سببا لوجوب الضمان على الآخذ الا باعتبار عقد الضمان فالمالك يدعي عليه العقد وذا ينكر فكان القول قول المنكر وعلى هذا اذا أقر بأخذ الثوب وديعة وقال المقر له بل أخذته بيعا كان القول قول المقر لما ذكرنا قال رحمه الله (ولو قال أعطيتنيها وديعة وقال غصبتنيها الا) أي لو قال المقر أعطيتني ألف درهم وديعة فهلكت وقال المالك لا بل غصبتنيها مني لا يضمن المقر لانه لم يقر بسبب الضمان بل أقر بالاعطاء وهو فعل المقر له فلا يكون مقرا على نفسه بسبب الضمان والمقر له يدعي عليه سبب الضمان وهو ينكر فكان القول قول المنكر والاقرار بالقبض كالاقرار بالاخذ فيوجب الضمان والاقرار بالدفع كالاقرار بالاعطاء فلا يوجب الضمان فان قيل اعطاؤه والدفع لا يكون الا بقبضه فوجب أن يكون اقرارا بالقبض قلنا قد يكون هو بالتخلية والوضع بين يديه ولو اقتضى ذلك فالمقتضى لا عموم له لانه ثابت ضرورة فيتقدر بقدر الضرورة فلا يظهر في حق انعقاده سببا للضمان لانه عدم في حق غيره قال رحمه الله (وان قال هذا كان وديعة لي عندك فأخذته فقال هو لي أخذته) لان المقر أقر باليد له ثم بالاخذ منه وهو سبب الضمان على ما بينا وادعى استحقاقه عليه فلا تقبل دعواه فوجب عليه رد العين ان كان قائما والافقيمته وكذا لو قال أقرضتك ألف درهم ثم أخذتها منك يجب على المقر دفعها اليه لما ذكرنا قال رحمه الله (وان قال آجرت بعيري أو ثوبي هذا فلانا فركبه أو لبسه فرده فالقول للمقر) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله القول قول من أخذ منه البعير والثوب وهو القياس وعلى هذا الخلاف الاقرار بالاعارة أو الاسكان ثم أخذه منهم وجه القياس أنه أقر باليد له ثم ادعى عليه الاستحقاق فيقبل اقراره له دون دعواه فيجب عليه الرد كما في فصل الوديعة والفرض على ما مر وجه الاستحسان أن اليد في الاجارة والاعارة ثبتت ضرورة استيفاء المعقود عليه وهو المنافع فلا يكون اقرارا

وذهب مراقي الناس لان الانسان اذا عرف أنه اذا أعار أو آجر ثم رد عليه يتضرر فقول المستعير والمستأجر امتنع عن الاجارة والاعارة خوفا من ذهاب ماله فاذا كان كذلك جعل القول قول المقر حتى لا تختل حوائج الناس فهذا وجه مرجعه الى الاجماع والوجه الثاني وهو الوجه الفقهي أن اليد في العارية والاجارة ليست مقصودة بل هي ضرورية تثبت ضرورة الانتفاع بالعين فلا تظهر فيما وراء الانتفاع فلا يظهر اذن اقراره باليد لغيره ثم دعواه لنفسه فلا يكون مقرا بالملك لغيره ثم مدعيا لنفسه بخلاف الوديعة لان اليد في الايداع مقصودة لان المقصود هو الحفظ ولا يكون الحفظ بدون اليد فاذا كانت اليد مقصودة في الوديعة كان اقرارا بأن العين كانت في يده والاقرار باليد اقرار بالملك وبهذا الوجه علل الشيخ أبو منصور الماتريدي في شرح الجامع الصغير حيث قال اليد في الايداع مقصودة دون الاعارة اه (قوله لانه ذكر الاخذ في الطرف الآخر) أي وهي الاجارة والاسكان والاعارة اه (قوله وعزاه الى الاسرار) لم يعزه الى الاسرار وانما عزاه الى المبسوط والايضاح اه (قوله وقال فلان الثوب ثوبي) أعرتكه اه اتقاني وكذلك الثوب يسلم الى الصباغ على هذا الخلاف وان قال رب الثوب خاط لي قميصي هذا بنصف درهم ولم يقل قبضته منه لم يرد الثوب على الخياط في قولهم لانه لم يعترف للخياط باليد لجواز أن يكون خاطه في منزله اه اتقاني (٣٣) (قوله والوجه ما بيناه) أي في الوديعة وهو قوله ان المقر أقر باليد لفلان ثم ادعى الاستحقاق عليه فوجب عليه الرد كما في الوديعة الخ اه (قوله وليس بشيء) وفي الغاية وذلك ليس بصحيح لانه ليس بثابت في الاصول اه وقال الكاكي ولكن مشايخنا قالوا هو على الاختلاف أيضا اليه أشير في المبسوط اه (قوله ولو قال اقتضيت من فلان ألف درهم الخ) قال في الهداية وهذا بخلاف ما اذا قال اقتضيت من فلان ألف درهم كانت لي عليه أو أقرضته ألفا ثم أخذتها منه وأنكر المقر له حيث يكون القول قوله قال الاتقاني أي قول المقر له أي هذا الذي ذكرنا في الاعارة والاجارة والاسكان بان القول قول المقر عند أبي حنيفة خلاف ما اذا قال اقتضيت أو قال أقرضت وأخذت حيث يكون القول قول المقر له قال بمجرد

بالبد لهما مقصودا فلا يظهر في حق الاستحقاق على المقر بخلاف الوديعة والقرض لان اليد فيهما مقصودة فيكون الاقرار بهما اقرارا لهما باليد ولان المقر في الاجارة والاعارة أقر بيد ثابتة من جهته فيكون القول قوله في كيفيتها ولم يقر بذلك في مسئلة الوديعة والقرض فانه قال كان وديعة وقد يكون من غير صنعه بأن يهب فيه الهواء ويلقيه في داره حتى لو قال أودعتها كان على هذا الخلاف وليس مدار الفرق على ذكر الاخذ في الوديعة ونحوها وعدم ذكر الاخذ في الاجارة ونحوها خلافا لما توهمه علي القمي فانه جعل مدار الفرق ذلك وهذا ليس بمستقيم لانه ذكر الاخذ في الطرف الآخر أيضا في الاقرار وذكر في النهاية انما الاختلاف بينهم اذا لم تكن الدابة معروفة للمقر ولو كانت معروفة له كان القول قوله بالاجماع وعزاه الى الاسرار ولو قال هذا الثوب خاطه لي بنصف درهم فلان ثم قبضته منه وقال فلان الثوب ثوبي فهو على هذا الخلاف في الصحيح والوجه ما بيناه خلافا لما توهمه بعضهم فانهم قالوا القول قول المقر بالاجماع وليس بشيء ولو قال اقتضيت من فلان ألف درهم كانت لي عليه وأنكر المقر له كان القول قوله فلو أن يأخذها منه وهذا أظهر لان القابض قد أقر بانه ملكه وانه أخذه منه اقتضاء لحقه وهو مضمون عليه اذ الديون تقضى بأمثالها فاذا أقر بالاقتضاء فقد أقر بسبب الضمان ثم ادعى عليه ما يبرئه من الضمان وهو تملكه عليه بما يدعيه من الدين مقاصة والآخر ينكره فكان القول قوله بخلاف دعوى الاجارة وأشباهها لانه لم يقر فيها بالملك ولا باليد له مقصودا ولا وجد ما يدل منه على الاقرار بوجوب ضمان المقبوض فوضح الفرق ولا تأخذنا الناس في الاعارة والاجارة باقرارهم لامتنعوا منهما وكان عليهم حرج بين والحاجة ماسة اليهما فلا يؤاخذون به استحسانا دفعا للحرج ولو قال ان فلانا نازع هذه الارض أو بنى هذه الدار أو غرس هذا الكرم وذلك كله في يد المقر وقال المقر له الملك ملكي وفعلت ذلك لنفسي وقال المقر بل استعنت بك ففعلت أو فعلته بأجر كان القول للمقر لانه لم يقر له باليد لاصريحا ولا اقتضاء وانما أقر

ووجه الفرق ان الدين يقتضي بالمثل فاذا أقر باقتضاء الدين وأخذ القرض كان مقرا بأخذ مثل حقه والمثل ملك المقر له في الاصل فيكون مقرا له فيرد على المقر له أمانى صورة الاعارة والاجارة والاسكان فالمقبوض عين ما ادعى فيه هذه الاشياء فلا يكون مقرا بالملك للمقر له قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي في باب بعد باب الاقرار بالجناية واذا أقر الرجل أنه اقتضى من فلان ألف درهم فقال فلان ما كان لك علي شيء ولكنك أخذتها مني ظلما فان المقر يؤخذ بردها عليه بعد أن يحلف أنه لم يكن عليه لانه أقر بأخذ مال الغير ومطلق الاخذ سبب لوجوب الضمان وقد ادعى جهة مانعة من التمكين فلا يصدق الا بحجة وكذلك لو ادعاها هبة أو صدقة أو وديعة لانه ادعى جهة مانعة من الضمان فلا يصدق أو قال قبضتها بوكالة من فلان كانت له عليك أو وهبتها له فامرني فقبضتها او دفعتها اليه كان ضامنا للمال لانه أقر بالقبض ولم تثبت الجهة التي ادعاها اه (قوله لامتنعوا منهما) أي لان الانسان اذا عرف أنه اذا أعار شيأ أو آجره ثم رد عليه يتضرر بقول المستعير والمستأجر امتنع الناس عن الاجارة والاعارة خوفا من ذهاب ماله فاذا كان كذلك جعل القول قول المقر حتى لا تختل حوائج الناس اه اتقاني (قوله لا بل استعنت بك) أي على الزراعة أو البناء أو الغرس اه اتقاني

بعجز دفعل منه وذلك ممكن من غير ثبوت يده فيه بأن يفعله وهو في يد صاحبه بل جرت العادة بذلك فلا يقبل دعواه فصار كما اذا قال خاط لي هذا القميص فلان بدرهم ولم يقل قبضته منه فانه لا يكون اقرارا له باليد لتصور فعله في يد المقر وفي بيته بخلاف ما اذا أقر له بالسكنى في داره لان السكنى لا تكون الا باليد فيكون الاقرار له به اقرارا له باليد ولو أقر أن هذا اللبن أو هذا السمن أو هذا الجبن من بقرة فلان أو هذا الصوف من غنمه أو هذا التمر من نخله وادعى فلان أنه له أمر بالدفع اليه لان الاقرار بملك الشيء اقرار بما يتولد منه لانه يملك بملك الاصل قال رحمه الله (ولو قال هذا الالف وديعة فلان لا بل وديعة لفلان فالالف للاول وعلى المقر مثله للثاني) لانه لما أقر به للاول صح اقراره له وصار ملكا له لثبوت يده وقوله بعد ذلك لا بل وديعة لفلان اضراب عنه ورجوع فلا يقبل قوله في حق الاول ويجب عليه ضمان مثله للثاني لانه أقر له بها وقد أتلف عليه باقراره بها للاول فيضمن له لانه متعد باقراره للاول في حقه بخلاف ما اذا قال هي لفلان لا بل لفلان حيث لا يجب عليه للثاني لانه لم يقر بالايداع منه وانما أقر به للاول ثم رجع وشهد به للثاني فرجوعه لا يصح وشهادته لا تقبل وفي مسئلة الكتاب أقر بالايداع من الثاني وقد عجز عن رد الوديعة بفعله فصار مستهلكا لها فيضمن وعلى هذا لو كان الالف غير معين بأن قال لفلان على ألف لا بل لفلان يلزمه لكل واحد منهما ألف لان رجوعه عن الاول لا يصح واقراره للثاني صحيح فيلزمه لهما ولو كان المقر له واحدا بأن قال لفلان على ألف درهم لا بل ألفان يلزمه أكثرهما استحسانا وهو الالفان والقياس أن يجب عليه المالان وهو ثلاثة آلاف وهو قول زفر رحمه الله لان كلمة لا بل رجوع عن الاول واستدراك غلط بالثاني والرجوع عن الاول لا يصح واقراره بالمالين صحيح فلزماه فصار كما اذا اختلف المقر لهما على ما بينا أو اختلف جنس المالين بأن قال لفلان على ألف درهم لا بل ألف دينار فانه يلزمه المالان بالاجماع لما قلنا وكذا هذا ووجه الاستحسان أنهما اقراران لانه لا يملك الرجوع عن الاول لكنه عند اتحاد الجنس والمقر له أمكن جعله تكرارا كما اذا أقر له مرتين بأن قال لفلان على ألف درهم ثم قال له علي ألفان لذلك الرجل بعينه فانه يجب عليه ألفان فكذا هذا ولا يمكن ذلك عند اختلاف الجنس أو اختلاف المقر له لانه عند اختلاف الجنس يستحيل جعله تكرارا وعند اختلاف المقر له يكون رجوعا عن الاول والاقرار به للثاني فرجوعه لا يصح واقراره صحيح ولو كان ذلك في الوصف بأن قال على ألف درهم جياد لا بل زيوف أو ألف زيوف لا بل جياد لزمه الجياد استحسانا لانه استدراك الغلط في الصفة فلزمه أفضل الصفتين كما يلزمه في الاستدراك في الغلط في المقدار أكثر المالين في الجنس المتحد لان الاردأ داخل في الاجود كما أن الاقل داخل في الاكثر ولو قال غصبت فلانا مائة درهم ومائة دينار وكرحنطة لا بل فلانا لزمه لكل واحد منهما كله لانه أقر بالغصب منهما وهو فعل منه ولو كانت بعينها فهي للاول وعليه للثاني مثلها ولو قال غصبت من فلان ألف درهم وفلانا مائة دينار وفلانا كر حنطة لا بل فلانا فانه يغرم للرابع ما أقر به للثالث لانه استدراك ورجوع عن الاخير فصح اقراره لا رجوعه والله أعلم

﴿باب اقرار المريض﴾

قال رحمه الله (دين الصحة ومالزمه في مرضه بسبب معروف قدم على ما أقر به في مرض موته) وقال الشافعي رحمه الله دين الصحة ودين المرض يستويان لانهما استويا في سبب الوجوب وهو الاقرار وفي محله وهو الذمة اذ هي محل الوجوب في حالة الصحة والمرض فيستويان في الوجوب ومحته بصدوره عن عقل ودين لانهما يحملانه على الصدق ويزجرانه عن الكذب وهذا المعنى لا يختلف في الصحة والمرض بل في حالة المرض يزداد رجحان جهة الصدق لان المرض سبب التوزع والانابة فاذا استويا في سبب الوجوب والمحل استويا في الاستيفاء ولهذا يستويان اذا كان وجوبه بسبب معروف كالشراء بمثل القيمة وكالتزويج

﴿باب اقرار المريض﴾

أخر اقرار المريض لما لان المرض عارض والاصل عدم العارض أولان في اقرار المريض اختلافا في بعض الصور كما سيجيء بيانه واقرار الصحيح ليس فيه اختلاف فكان أقوى وبالتقديم أولى اه اتقاني وأفرد اقرار المريض بباب لكثرة أحكامه اه (قوله في المتن دين الصحة ومالزمه في مرضه الخ) قال الاتقاني عند قوله في الهداية واذا أقر الرجل في مرض موته بدين وعليه دين في صحته ودين لزمه في مرضه بأسباب معلومة فدين الصحة والدين المعروف بالاسباب مقدم اه وهذا نقله القدوري في مختصره وتمامه فيه فاذا قضيت وفضل شيء كان لما أقر به حالة المرض وهذه الجملة تشتمل على معان ثم قال ومنها أن دين الصحة يقدم على دين المرض عندنا حتى لو أقر من عليه دين في صحته في مرضه لاجنبي بدين أو عين مضمونة أو أمانة بأن قال مضاربة أو وديعة أو غصب يقدم دين الصحة ولا يصح اقراره في حق غرماء الصحة فان فضل شيء من التركة حينئذ يصرف الى غرماء المرض اه (قوله ولهذا يستويان اذا كان الخ) قال في المبسوط اذا استقرض مالا في مرضه وعاين الشهود دفع المقرض المال الى المستقرض أو اشترى شيأ بألف درهم وعاين الشهود قبض المبيع أو تزوج امرأة بمهر مثلها أو استأجر شيأ بمعاينة الشهود فان هذه الديون تكون مساوية لدين الصحة وذلك لانها وجبت بأسباب معلومة لامرئ لها

ولانه بالقرض والشراء لم يفوت على غرماء الصحة شيأ لانه يزيد في التركة مقدار الدين الذي تعلق بها ومتى لم يتعرض لحقوقهم بالابطال نفذ مطلقا (قوله ولهذا منع) جواب عما قال الشافعي باستواء الحالين يعني لو كان كذلك ينبغي أن لا يمنع من التبرع بالزيادة على الثلث كما في حالة الصحة فما لم تستغرق الديون جميع ماله ولم يكن عليه دين وفي حق الثلث يمنع أيضا اذا استغرق الدين جميع ماله اه كاكي ﴿فرع﴾ قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي ولو مرض وفي يده ألف درهم لا مال له غيرها وليس عليه دين الصحة فأقر بدين ألف درهم ثم أقر بان الالف التي في يده وديعة لفلان أو مضاربة ثم أقر بدين ألف درهم ثم مات قسمت الالف بينهم أثلاثا لانه لما أقر بالدين أولا فقد تعلق حق الغرماء بالالف التي في يديه فاذا أقر بأنها وديعة فقد أقر بوديعة مستهلكة لانه لا يمكنه التسليم الى المقر له فيكون اقرارا بالدين معنى والكل في حالة المرض فاستوت الديون في التعلق ولو قال صاحب الدين الاول لا حق لي قبل الميت أو قد أبرأته من ديني كانت الالف (٢٤) بين صاحب الوديعة والغريم الآخر نصفين لان البراءة وجدت بعد تعلق الكل فلا

يتغير الحكم ولا يبطل حق الآخر بابراء الاول ولو لم يبرئه الاول ولكنه أكذبه في الاقرار ورده كانت الالف كلها للمقر له بالوديعة لانه بالاكذاب تبين أنه لا حق له ولا تعلق فيكون الاقرار بالوديعة بمنزلتها سابقا على الاقرار بالدين فيسبقه في التعلق لما بينا كذا في شرح الكافي اه اتقاني (قوله كله وملبسه الخ) فان قيل لو تزوج وهو شيخ كبير لا ولد له عادة أو المرأة آيسة أو كان لا يحتاج اليه بسبب أن له نساء وجواري ينبغي أن لا يشاركه لان هذا النكاح لم يكن من الحوائج الاصلية قلنا النكاح في أصل الوضع من الحوائج والعبرة للاصل لا للعارض وهذه العوارض مما لا يوقف عليها ليبتني الامر عليها اليه أشير في الاسرار اه (قوله بخلاف حالة الصحة الخ) جواب عن سؤال مقدر وهو أن يقال ينبغي أن بمنزلة لا يصح اقراره في الصحة بالدين اذا كان عليه دين لما أن الدين تعلق بماله فقال لم يتعلق في حال الصحة بالمال للقدرة على الاكتساب فيتحقق التميز فلم تقع الحاجة الى تعليق حق الغرماء بماله وهذه أي حالة المرض حالة العجز عن الاكتساب اذ المريض عاجز عن الكسب فتعين ما في يده حق الغرماء اه كاكي (قوله ولا يجوز للمريض أن يقضي دين بعض الغرماء دون بعض) يعني اذا قضى المريض بعض الديون من ديون الصحة والديون المعروفة الاسباب يرد ذلك ويجعل بين الغرماء بالحصص الا اذا قضى القرض أو أدى ثمن المبيع فيكون المقرض والبائع أحق بذلك فليس لغرماء الصحة وغيرهم شيء من ذلك اه اتقاني (قوله بمنزلة حالة واحدة) جواب سؤال وهو أنه ينبغي اذا أقر في حالة المرض ثانيا أن لا يصح لتعلق حق المقر له الاول بماله كما لا يصح اقراره في المرض في حق غرماء الصحة لتعلق حقهم بماله اه كاكي

عهر المثل ولنا أن الاقرار غير معتبر اذا كان فيه ابطال حق الغير ألا ترى أنه اذا رهن عينا أو آجره ليس له أن يتصرف فيه لما فيه من ابطال حق المرتهن أيضا في اقراره ذلك لان حق أصحاب الديون تعلق بماله استيفاء ولهذا منع من التبرع والمحاباة مطلقا في حقهم غير مقدر بالثلث بخلاف ما اذا كان سببها معروفا كالنكاح المشاهد وغيره مما ليس من التبرعات كالبيع المشاهد والاتلاف المشاهد لانه لا تهمة فيه وانما التهمة في الاقرار والبيع لا يبطل حقهم أيضا لان حقهم في المالية وهي باقية وفي النكاح ان كان يبطل لكن حقه فيه من الحوائج الاصلية كما كله وملبسه ومسكنه وثمن الأدوية وأجرة الطبيب ونحو ذلك فيقدم على حق الغرماء بخلاف حالة الصحة حيث ينفذ في حق الغرماء اقراره لان حقهم في ذمته ولم يتعلق بماله ولهذا لم يمنع من التبرعات مطلقا لقدرته على الاكتساب وحالة المرض حالة عجز فيمنع حتى لو أقر بعين في يده لآخر لا يصح في حق غرماء الصحة والمرض بأسباب معلومة ولا يجوز للمريض أن يقضي دين بعض الغرماء دون بعض لان فيه ابطال حق الباقين الا اذا قضى ما استقرض في مرضه أو نقد ثمن ما اشترى فيه وقد علم ذلك بالبينة لانه لم يبطل حقهم وانما حوله من محل أخرجه عن ملكه الى محل حصله فصار كما لو رد عين ما استقرضه الى المقرض أو رد المبيع بعيب وهذا لان اخراجه عن ملكه بما يعادله من العوض لا يعد اخراجا بخلاف ما اذا تزوج امرأة وأعطاها المهر حيث يكون لهم أن يشاركوا المرأة فيما قبضت وكذا اذا استأجر عينا وأوفى أجرتها فانهم يشاركونه لانه أخرج عن ملكه ما تعلق به حقهم من غير عوض يقوم مقامه في تعلق حقهم به لان المنافع لا تتعلق حقهم بها فصار كأنه قضى حق بعض الغرماء ولهم فيه أن يشاركوه فكذا هذا فان قيل يصح اقراره بوارث آخر وفيه ابطال حق غيره من الورثة لا سيما اذا كان المقر له يحجب غيره فوجب أن يجوز اقراره بالدين وان كان فيه ابطال حق غيره من الغرماء بالمزاحمة أيضا بل أولى لانه أدنى من الحجب قلنا ان استحقاق الوارث المال بالنسب والموت جميعا والاستحقاق يضاف الى آخرهما وجودا فيضاف الى الموت ولهذا لو شهدا بالنسب قبل الموت ثم مات المشهود عليه وورث المشهود له منه المال ثم رجعا لم يضمنا شيأ لانه ورث بالموت فأما الدين فلا يحجب بالموت بل بالاقرار فيمنع من ذلك في حقهم ودين المرض اذا كان سببه غير معروف لا يمنع صحة الاقرار لان أحوال المرض كلها بمنزلة حالة واحدة في حق الحجر فيستوي فيها السابق واللاحق كما ان أحوال الصحة كلها

(قوله وهو ماروى عن ابن عمر الخ) قال فى الهداية لقول عمر رضى الله عنه اذا أقر المريض بدين جاز ذلك عليه فى جميع تركته قال الاتقانى فيه نظر لانه روى فى مبسوط خواهرزاده وغيره عن ابن عمر لا عن عمر وكذلك روى فى الاصل حدث محمد بن الحسن فيه عن يعقوب عن محمد بن عبد الله العرزمى عن نافع عن ابن عمر أنه قال اذا أقر الرجل فى مرضه بدين لرجل غير وارث فانه جائز وان أحاط ذلك بماله اه وكتب ما نصه قال الاتقانى ولكنهم استحسنوا جواز اقراره فى الجميع لما روى عن ابن عمر (٣٥) رضى الله عنهما أنه قال اذا أقر الرجل فى مرضه بدين لرجل غير وارث فانه جائز وان أحاط بماله ولا يعرف له مخالف فحل محل الاجماع ولانه غير متهم فى حق الاجنبى فينفذ اقراره فى الجميع كالصحيح بخلاف اقراره لوارث حيث لا يصح لانه متهم بجواز ايثاره على باقى الورثة اه

﴿فرعان﴾ مريض عليه دين يحيط بماله فأقر المريض بقبض وديعة أو عارية أو مضاربة كانت له عند وارثه صح اقراره لان الوارث لو ادعى رد الامانة الى وارثه المريض وكذبه المورث يقبل قول الوارث ، مريض عليه دين يحيط بماله وله على رجل دين الصحة فأقر المريض باستيفاء ذلك الدين من مديونه صح اقراره اه قاضيخان (قوله فيقدم على حق الغرماء) صوابه على حق الورثة فتأمل اه (قوله فى المتن وان أقر المريض لوارثه بطل) ذكر فى الجامع الكبير اذا أقر الرجل لامرأته بدين المهر يصح اقراره الى مهر مثلها وان كان هذا اقرارا للوارث لان هذا دين لا تهمة فيه فلا يمنع صحة

بمنزلة حالة واحدة فى حق الاطلاق بخلاف حالة الصحة مع حالة المرض لانهما مختلفان صفة من الاطلاق والحجر فيقدم دين الاطلاق على ما أقر به فى حالة الحجر كالعبد المأذون له اذا حجر عليه ثم أقر بمال فى يده يقبل اقراره به ويقدم فيه دينه فى حالة الاذن لما ذكرنا فكذا هذا فاذا صح اقراره نفذ من جميع المال والقياس أن لا ينفذ الا من الثلث لان الشرع قصر تصرفه على الثلث وعلق حق الورثة بالثلثين فكذا اقراره لكن ترك بالاثر وهو ما روى عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما أنه قال اذا أقر المريض بدين جاز ذلك عليه فى جميع تركته والاثر فى مثله كالخبر لانه من المقدرات فلا يدرك بالقياس فيحمل على أنه سمعه من النبى صلى الله عليه وسلم ولان قضاء الدين من الحوائج الأصلية لان فيه تفريغ ذمته ورفع الحائل بينه وبين الجنة فيقدم على حق الغرماء كسائر حوائجه على ما بينا الان شرط تعلق حقهم الفراغ عن حقه ولهذا يقدم كفنه عليهم قال رحمه الله (وأخر الارث عنه) أى عن الدين الذى أقر بها فى حالة المرض لما بينا آنفا قال رحمه الله (وان أقر المريض لوارثه بطل الا أن يصدقه بقية الورثة) وقال الشافعى رحمه الله يجوز اقراره له بناء على أصله انه لا يحجر عليه فيما فيه فكاك رقبته لما فيه من اظهار حق ثابت عليه وجانب الصدق راجح فيه فصار كاقراره لاجنبى وبوارث آخر وبوديعة مستهلكة للوارث وهى معروفة أن أودعها على رؤس الاشهاد ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا وصية لوارث ولا اقرار له بالدين وقول ابن عمر رضى الله تعالى عنهما اذا أقر الرجل فى مرضه بدين لرجل غير وارث فانه جائز وان أحاط ذلك بماله وان أقر لوارث فغير جائز الا أن يصدقه الورثة ولان فيه ايثار بعض الورثة بماله بعد ما تعلق حق جميعهم به فلا يجوز لما فيه من ابطال حق البقية كالوصية له وانما تعلق حقهم به لاستغنائه عنه بعد الموت فلا يمكن من ابطال حقهم بالاقرار لورثته كما لا يمكن بالوصية لهم وهو القياس فى الاقرار للاجنبى الا اناتركناه لانه لو لم يقبل اقراره لامتنع الناس عن معاملته حذرا من ايتاء أموالهم فينسد عليه طريق التجارة والمداينة فيحرج حرجا عظيما فلا يحجر عليه فى حقه لحاجته الى المعاملة كما لا يحجر عليه فى حقه من التبرع الى الثلث لحاجته الى التقرب الى الله تعالى فيه بخلاف الوارث لان المعاملة معه نادرة اذ يمكن التحرز عنه من غير حرج فلا يؤدى الى سد بابها والاقرار بالنسب ليس فيه ابطال حقهم قصدا وانما يبطل حقهم بالموت بشرط أن يتحد دينهما وفى الاقرار يبطل فى الحال باقراره قصدا فافترقا ولا تهمة فى الاقرار بالوديعة المستهلكة على الصفة التى ذكرناها فيقبل اقراره لان رده كان للتهمة فانتفى الحكم بانتفائها ألا ترى أنا لو كذبناه مات وجب الضمان من ماله لانه مات مجهلا وعليه بينة فلا فائدة فى تكذيبه حتى لو كانت الوديعة غير معروفة لا يقبل اقراره باستهلاكها الا أن يصدقه بقية الورثة لان الحجر كان لحقهم فاذا صدقوه فقد أقروا بتقدمه عليهم فيلزمهم وكذا لو كان له دين على وارثه فأقر بقبضه لا يصح الا أن يصدقه البقية قال رحمه الله (وان أقر لاجنبى صح وان أحاط بماله) والقياس أن لا يصح أصلا كما فى حق الوارث أو بما زاد على الثلث كتبرعاته وقد ذكرنا جوابه وهو وجه الاستحسان قال رحمه الله (وان أقر لاجنبى ثم أقر بنوته ثبت نسبه وبطل اقراره وان أقر لاجنبية ثم تزوجها صح بخلاف الهبة والوصية) حيث لا يصحان لها أيضا

(ع - زيلعى خامس) الاقرار الوارث اه تتمة (قوله الا أن يصدقه الخ) وتصديق بقية الورثة هنا صحيح وان كان فى حياة المقر بخلاف الوصية لوارث والوصية بما زاد على الثلث فلا عبرة لتصديق الوارث فيهما فى حياة الموصى اه كذا ذكره الحمادى فى الفصل الثانى والثلاثين فى كتاب العتاق من أحكام الرضى اه (قوله فصار كاقراره) أى له حالة الصحة واقراره اه اتقانى (قوله ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا وصية الخ) قال الاتقانى ولنا حديث الدارقطنى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا وصية لوارث ولا اقرار له بدين اه

(قوله ثم وجد له ولد) أي وبقي الولد الى أن مات المورث اه اتقاني (قوله وان كان وارثا فيهما الخ) قال الاتقاني وان كان يوم أقر وارثه بموالاة أو زوجية ويوم مات وارثه وقد خرج فيما بين ذلك من أن يكون وارثه ببينونة أو فسخ للموالاة فالاقرار باطل في قول أبي يوسف الاول وهو جائز في قوله الاخير وهو قول محمد هو يقول العبرة لحالة الاقرار وحالة الموت لان حالة الاقرار حالة انعقاد السبب وحالة الموت حالة ثبوت الحكم وفيما بين ذلك لا عبرة به لانه لا تعلق للحكم به ومحمد يقول بأن الاقرار وجد في حال كونه أجنبيا والاقرار للاجنبي صحيح

(١) قوله حال نفاذه هو وارث قلنا نعم (٣٦) ولكن بسبب جديد فلا يكون الارث مضافا الى السبب السابق لان الثاني غير الاول

وصار كما لو أقر لاجنبية ثم تزوجها أليس أنه لا يبطل اقراره كذلك ههنا اه وقد علم منه أن قول الشارح لا يجوز الاقرار عند أبي يوسف هو قول أبي يوسف الاول الذي رجع عنه اه (قوله لا يجوز الاقرار عند أبي يوسف) قد رجع أبو يوسف عن هذا ووافق محمدا كما يعلم ذلك من الحاشية التي قبل هذه اه وقد ذكر في المبسوط وفتاوى قاضيخان الخلاف بين أبي يوسف ومحمد كما ذكره الشارح من غير ذكر رجوع أبي يوسف الى قول محمد اه (قوله لا يصح اقراره) أي لانه لو نفذ نفذ في حالة كونه وارثا فيصير اقرارا للوارث فلا يجوز اه اتقاني (قوله بخلاف ما اذا صار وارثا بالنسب) قال في وصايا الجامع الصغير ولو أن المريض أقر بدين لابنه وهو نصراني أو عبد ثم أسلم الابن أو أعتق العبد ثم مات الرجل فالاقرار باطل لانه حين أقر كان سبب التهمة بينهما قائما وهو القرابة التي صارا بها وارثا في ثاني الحال وليس هذا كالذي أقر لامرأة ثم تزوجها لان سبب التهمة لم يكن قائما متهمين

وقت الاقرار وذكر فخر الدين قاضيخان في شرح الجامع الصغير خلاف زفر في الاقرار لابنه وهو نصراني أو عبد فقال ان الاقرار صحيح عند زفر لانه وقت الاقرار لم يكن وارثا اه اتقاني رحمه الله (قوله كان قائما وقت الاقرار) الا أنه امتنع عملها المانع فاذا زال المانع عمل السبب من ذلك الوقت وههنا بخلافه اه اتقاني (قوله وكذلك) أي الحكم والخلاف السابق اه

كما لا يصح للوارث وقال زفر رحمه الله يبطل الاقرار لها أيضا لانها وارثة عند الموت فحصلت التهمة وهي المعتبرة في الباب فصار كما اذا وهبها أو أوصى لها وهي أجنبية ثم تزوجها فانها لا تجوز وهو المراد بقوله في المختصر بخلاف الهبة والوصية ولنا أن النسب يستند الى حالة العلوق فيتبين أن البنوة كانت حالة الاقرار فلا يجوز ولا كذلك الزوجية فانها حادثة فتكون مقتصرة على زمان التزوج فلا يظهر ان اقراره كان باطلا لعدم الزوجية في تلك الحالة بخلاف ما اذا وهبها شيأ أو أوصى لها بشيء ثم تزوجها حيث تبطل الهبة والوصية لها الان الوصية تملك بعد الموت وهي وارثة حينئذ فلا يصح والهبة في المرض وصية حتى لا تنفذ الا من الثلث على ما يأتي بيانه في الوصية ان شاء الله تعالى فصارت كالوصية فحاصله أن الوصية لا تعتبر الا عند الموت على كل حال وأما الاقرار فلا يخلو اما أن يكون المقر له وارثا وقت الاقرار دون الموت أو كان وارثا فيهما أو لم يكن وارثا فيما بينهما أو لم يكن وارثا وقت الاقرار وصار وارثا وقت الموت فان كان وارثا وقت الاقرار دون وقت الموت بأن أقر لأخيه مثلا ثم ولد له ولد يصح الاقرار لعدم كونه وارثا وقت الموت وان كان وارثا فيهما لا فيما بينهما بأن أقر لامرأته ثم أبانها وانقضت عدتها ثم تزوجها أو والى رجلا فأقر له ثم فسخ الموالاة ثم عقدها ثانيا لا يجوز الاقرار عند أبي يوسف رحمه الله لان المقر متهم في الطلاق وفسخ الموالاة وعند محمد رحمه الله يجوز لان شرط امتناع الاقرار أن يبقى وارثا الى الموت بذلك السبب ولم يبق ولانه لما صار أجنبيا نفذ الاقرار كما لو أنشأ في ذلك الوقت ألا ترى أنه لو لم يعقد ثانيا كان جائزا فكذا اذا عقد وان لم يكن وارثا وقت الاقرار ثم صار وارثا وقت الموت ينظر فان صار وارثا بسبب كان قائما وقت الاقرار بأن أقر لأخيه وله ابن ثم مات الابن قبل الاب لا يصح اقراره وان صار وارثا بسبب جديد كالتزوج وعقد الموالاة جاز وقال زفر رحمه الله لا يجوز لان الاقرار حصل للوارث وقت الموت فصار كما اذا صار وارثا بالنسب ولنا أن الاقرار حين صدر حصل للاجنبي لا للوارث فنفذ ولزم فلا يبطل بخلاف الهبة لانها وصية ولهذا تعتبر من الثلث فتعتبر وقت الموت بخلاف ما اذا صار وارثا بالنسب بأن أقر مسلم مريض لاخيه الكافر ثم أسلم قبل موته أو كان محجوبا بالابن ثم مات الابن حيث لا يجوز الاقرار له لان سبب الارث كان قائما وقت الاقرار ولو أقر لوارثه ثم مات المقر له ثم المريض ووارث المقر له من ورثة المريض لم يجز اقراره عند أبي يوسف أولا لان اقراره حصل للوارث ابتداء وانتهاء وقال آخرا يجوز وهو قول محمد لانه بالموت قبل موت المريض خرج من أن يكون وارثا وكذلك لو أقر لاجنبي ثم مات المقر له ثم المريض وورثة المقر له من ورثة المقر لان اقراره كان للاجنبي فيتم به ثم لا يبطل بموته وكذلك لو أقر المريض بعبد لاجنبي وقال الاجنبي هو لفلان وارث المريض يصح اقراره لما ذكرنا ولو أقر الاجنبي أنه حر الاصل أو كان أعتقه عتق ولا شيء عليه قال رحمه الله (ولو أقر لمن طلقها ثلاثا فيه) أي في المرض (فلها الاقل من الارث والدين) هذا اذا طلقها بسؤالها وان طلقها بلا سؤالها فلها الميراث بالغا ما بلغ ولا يصح الاقرار لها لانها وارثة اذ هو فار وقد بيناه في طلاق المريض بخلاف ما اذا طلقها بسؤالها فانها لا ترث لكن لما أقر لها بالدين بقيا

(١) قول المحشي قوله حال نفاذه الخ هكذا في الاصل ولعل في العبارة تحريفا وسقطا تأمل اه مصححه

(قوله ردّ القصد هما) أي ولا تهمة في الاقل هذا اذا كان موته قبل انقضاء العدة فان مات بعده جاز اقراره فاذا أقر لها بدين المهر فقد قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي ولو أقر لامرأته بدين من مهرها صدق فيما بينه وبين مهر مثلها وتحاص غرماء الصحة به لانه أقر بما يملك انشاءه فانعدمت التهمة ولو أقرت المرأة في مرضها بقبض المهر من زوجها لم تصدق لانها أقرت بدين للزوج لان القبض يوجب مثل المقبوض في الذمة ثم يلتقيان قصاصا والاقرار بالدين للوارث لا يصح وقال في الفتاوى الصغرى المريضة اذا أقرت باستيفاء مهرها فان ماتت وهي منكوحة أو معتدة لا يصح اقرارها وان ماتت غير منكوحة ولا معتدة بأن طلقها قبل الدخول يصح ونقله عن اقرار الجامع اه اتقاني (قوله وشرط) أي المصنف ثلاثة شروط الاول اه (٣٧) (قوله أن لا يكون له نسب معروف) أي لان معروف النسب لا يصح دعوى نسبه لانه اذا ثبت من أحد لا يقبل الفسخ بعد ذلك اه اتقاني (قوله شارك الورثة) أي ولا يصح الرجوع بعد ذلك اه اختيار (قوله في المتن وصح اقراره بالولد والوالدين) في النهاية ماذكرهنا من صحة اقرار المقر بالأم حيث قال بالوالدين موافق لرواية التحفة ورواية شرح فرائض السراجي لمصنفه ومخالف لعامة النسخ من المبسوط والايضاح والجامع وغيرها اه معراج (قوله في المتن والزوجة) أي اذا صدقته وكانت خالية من الزوج وعدته ولم يكن تحت المقر أختها أو أربع سواها وأراد بالمولى مولى العتاقة سواء أراد المعتق أو المعتق فان الاقرار لكل واحد منهما صحيح اذا صدقه المقر له ولا ولاء ثابتا من غيره اه (قوله في المتن والمولى) أطلق المولى ليشمل الاعلى والاسفل جميعا ولهذا قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي ويجوز اقرار الرجل بالولد والوالد والزوجة والمولى من فوق ومن تحت اذا صدقه الآخرون لان الحكم لا يعدوهما فيكون اقرارا على انفسهما فيقبل ولا يجوز اقراره بغيرهما الا الاربع ويجوز اقرار المرأة بالولد والزوج والمولى ولا يجوز بغيرهؤلاء الثلاثة لما ذكرنا أن اقرارها في حق هؤلاء اقرار على نفسها وفيما عداه اقرار على الغير ولا يجوز اقرار المرأة بالولد وان صدقها ولكنهما تواريا ان لم يكن لهما وارث معروف لانا اعتبرنا اقرارها في حقها ولا يقتضي بالنسب لانه لا يثبت بدون الحجة وهو شهادة القابلة فان شهدت لها امرأة على ذلك وقد صدقها الولد ثبت نسبه منها وكذلك ان لم تشهد لها امرأة وقد صدقها زوجها فيه ثبت النسب منهما لان النسب يثبت بتصادقهما لانه لا يتعدى الى غيرهما كذا في شرح الكافي اه اتقاني

متهمين فيه لان الزوجين قد يتفقان على الطلاق لينفتح باب الاقرار لها فتعطى أقلهما مردا لقصدهما وعلى هذا اذا أوصى لها تعطى الاقل من ميراثها منه ومن الوصية لما ذكرنا وقد ذكرنا المسئلة بشبهها في الطلاق قال رحمه الله (وان أقر بغلام مجهول يولد مثله) أي لمثل المقر (أنه ابنه وصدقه الغلام ثبت نسبه ولو مريضا وشارك الورثة) لان النسب من الحوائج الاصلية وهو أيضا اقرار على نفسه على ما بيناه وليس فيه ضرر على غيره قصدا فيصح وقد ذكرناها في الدعوى والعتاق وشرط أن لا يكون له نسب معروف لانه اذا كان له نسب معروف لا يمكن ثبوته منه ولا حاجة الى اثباته لاستغنائه به عنه وشرط أن يولد مثله لمثله كيلا يكذبه الظاهر وشرط أن يصدقه الغلام لان الحق له فلا يثبت بدون تصديقه اذا كان مميزا والكلام فيه بخلاف ما اذا كان لا يعبر عن نفسه حيث لا يعتبر تصديقه لانه في يد غيره وقد ذكرناه من قبل فاذا صح اقراره شارك الورثة في الميراث لانه من ضرورات ثبوت النسب قال رحمه الله (وصح اقراره) أي اقرار الرجل (بالولد والوالدين) لانه اقرار على نفسه وليس فيه حمل النسب على الغير وشرطه ما بينا في الابن قال رحمه الله (والزوجة والمولى) لان موجب اقراره يثبت بينهما بتصادقهما من غير اضرار بأحد فينفذ قال رحمه الله (واقرارها) أي يصح اقرار المرأة (بالوالدين والزوج والمولى) لان الاصل ان اقرار الانسان على نفسه حجة لا على غيره وبالاقرار بهؤلاء ليس فيه الا الالزام نفسها فيقبل قال رحمه الله (وبالولد ان شهدت قابلة أو صدقها الزوج) أي يقبل اقرار المرأة به بهذا الشرط لان قول القابلة حجة في تعيين الولد والنسب يثبت بالفراش لقوله عليه الصلاة والسلام الولد للفراش والزوج هو صاحب الحق فاذا صدقها فقد أقر بلزمهما بالاقرار له هذا اذا كانت ذات زوج أو معتدة وادعت أن الولد منه لان فيه تحميل النسب عليه فلا يلزمه بقولها أما اذا لم يكن لها زوج ولا هي معتدة أو كان لها وادعت أن الولد من غيره صح اقرارها لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها فينفذ عليها فصار كما اذا ادعى هو الولد فانه لو ادعى أنه ولده من امرأة لا يصدق في حقها الا بتصديقها قال رحمه الله (ولا بد من تصديق هؤلاء) يعني تصديق المقر له في جميع ما تقدم ذكره لان اقرار غيرهم لا يلزمهم لان كلا منهم في يد نفسه الا اذا كان المقر له صغيرا في يد المقر وهو لا يعبر عن نفسه أو عبدا له فيثبت نسبه بمجرد الاقرار ولو كان عبد الغير يشترط تصديق مولاه قال رحمه الله (وصح التصديق بعد موت المقر لا تصديق الزوج بعد موتها) يعني اذا أقر بنسب أو نكاح ثم مات المقر فصدقه المقر له بعد موته صح تصديقه الا اذا أقرت المرأة بالزوج فصدقها بعد موتها فانه لا يصح أما الاول فلان النسب يبقى بعد الموت وكذا اقرار الزوج بالزوجية فصدقته بعد موته لان حكم النكاح باق في حقها وهو العدة فانها من آثار النكاح ولهذا جاز لها غسله ميتا كما في حالة الحياة وأما الثانية وهي ما اذا أقرت المرأة بالزوجية فصدقها بعد موتها فالمذكور هنا

قول أبي حنيفة وعندهما يجوز تصديقه بعد موتها لان النكاح ينتهي بالموت ولا يبطل كالنسب والمنتهي مقرر فيصح تصديقها وهذا لان النكاح يبقى بعد موتها في حق الارث والاقرار قائم لان التكذيب من الزوج لم يوجد فصح التصديق في هذه الحالة فثبت النكاح بتصادقهما فترث منها اذ الثابت بتصادقهما كالثابت عيانا ولهذا لو أقام البينة بعد موتها على النكاح تقبل ولولا أن النكاح قائم في حق الارث لما قبلت فكذا بتصادقهما يعمل فيه أيضا كالبينة ولابي حنيفة رحمه الله أن النكاح قد انقطع بالموت ولم يبق له أثر وأما الارث فحكم يثبت بعد الموت والنكاح انما ينتهي في حق حكم كان قبل الموت وأما المستقبل فالنكاح معدوم فيه فلو صححنا الاقرار والنكاح معدوم صححناه لاثبات الارث ابتداء فيكون التصديق واقعا في شئ هو معدوم في الحال من كل وجه فلا يجوز بخلاف جانبها لانه أمكن جعل النكاح باقيا بقاء أثره وهو العدة على ما مر فان قيل اذا أقر رجل لرجل بعبد فمات العبد وترك كسبا اكتسبه بعد الاقرار ثم صدقه المقر له استحق الكسب والارث في مسئلتنا بمنزلة الكسب فوجب أن يصح تصديقه في حقه قلنا الكسب يقع ملكا للمالك الرقبة من الابتداء لانه في حكم المنفعة ومن ملك رقبة ملك منافعها حكما بمالها فصير الاقرار بالعبد اقرارا له بأن الكسب للمقر له فيصير قيامه بمنزلة قيام العبد وأما الارث فانما يثبت بعد موتها على سبيل الخلافة عنها بسبب الزوجية لا بحكم الاقرار لان المستحق عليها بالنكاح يفوت بموتها فيبقى تصديقه بعد ذلك دعوى ارث مبتدأ فلا يصح وهذا لان ما أقرت به هي نكاح وما ادعاه هو بعد موتها ارث فلا يكون تصديقا لها فيما أقرت به بل هو دعوى مبتدأة فلا تقبل دعواه بلا حجة بخلاف ما اذا أقام البينة فانها حجة ملزمة فيثبت بها ما ادعاه قال رحمه الله (وان أقر بنسب نحو الاخ والعم لم يثبت) يعني اذا أقر بنسب على غيره لم يثبت من ذلك الغير لعدم ولايته عليه وذلك مثل الاخ والعم فانه اقرار على الاب أو الجد بأنه ابنه وكذا اذا أقر بالجد أو بالابن فانه لا يصح فان فيه حمل النسب على الغير فلا يجوز بدون اقامة البينة الا في حق نفسه حتى تلزمه الاحكام من النفقة والحضانة والارث اذا تصادقا على ذلك لان اقرارهما حجة عليهما قال رحمه الله (فان لم يكن له وارث غيره قريب أو بعيد ورثه وان كان لا) أي ان كان للمقر وارث لا يرث المقر له لان النسب لم يثبت باقراره فلا يستحق الميراث مع وارث معروف قريبا كان ذلك الوارث كذوي الارحام أو بعيدا كمولى الموالاة وان لم يكن له وارث غيره ورثه لان اقراره حجة في حق نفسه فيقبل عند عدم الاضرار بغيره وهذا لانه أقر بشيئين بالنسب وباستحقاق ماله بعده وهو في النسب مقر على غيره فيرد وفي استحقاق ماله مقر على نفسه فيقبل عند عدم المزاحم لان له ولاية التصرف في ماله عند عدم الوارث بفعله حيث شاء حتى كان له أن يوصي بجميع ماله فكذا له أن يجعله لهذا المقر له لانه وصية من وجه حتى كان للمقر أن يرجع عن الاقرار لان فسخه لم يثبت فلا يلزمه كالوصية ارث من وجه حتى لو أوصى لغيره بأكثر من الثلث لا ينفذ الا باجازة المقر له مادام المقر مصرا على اقراره كأنه وارث حقيقة قال رحمه الله (ومن مات أبوه فأقر بأخ شركه في الارث ولم يثبت نسبه) لما ذكرنا أن اقراره مقبول في حق نفسه غير مقبول في حق غيره نظيره مشتري العبد اذا أقر على البائع انه أعتقه قبل البيع لم يقبل قوله في حق البائع حتى لا يرجع عليه بالثمن ويقبل في حق نفسه حتى يعتق العبد فاذا قبل اقراره في حق نفسه يستحق المقر له نصف نصيب المقر مطلقا عندنا وعند مالك وابن أبي ليلى بجعل اقراره شائعا في التركة فيعطى المقر من نصيبه ما يخصه من ذلك حتى لو كان لشخص مات أبوه أخ معروف فأقر بأخ آخر فكذبه أخوه المعروف فيه أعطى المقر نصف ما في يده وعندهما ثلث ما في يده لان المقر قد أقر له بثلث شائع في النصفين فنفذ اقراره في حصته وبطل ما كان في حصة أخيه فيكون له ثلث ما في يده وهو سدس جميع المال والسدس الآخر في نصيب أخيه بطل اقراره فيه لما ذكرنا ونحن نقول ان في زعم المقر انه يساويه في الاستحقاق والمنكر ظالم بانكاره فيجعل ما في يده كالهالك فيكون الباقي بينهما بالسوية ولو أقر بأخت تأخذ ثلث ما في يده وعندهما تأخذ خمسه ولو أقر بابن وبنت بأخ وكذبهما ابن

(قوله لانه وصية من وجه) قال في الهداية لكنه بمنزلته قال الاتقاني استدراك من قوله وليست هذه وصية حقيقة أي لكن الاقرار بنسب الاخ والعم بمنزلة الايصاء بالمال ولهذا لو أقر في مرضه به وصدقه المقر له ثم أنكر المقر النسب ثم أوصى لآخر بجميع ماله كان المال للموصى له بالجميع ولو لم يوص لاحد كان المال لبيت المال لان رجوعه لما صح بطل الاقرار أصلا وينبغي لك أن تعرف أن الرجوع عن الاقرار بالنسب انما يصح اذا كان الرجوع قبل ثبوت النسب كما نحن فيه لان النسب لم يثبت لكونه تحميلا على الغير وليس له ذلك أما اذا ثبت النسب لا يصح الرجوع بعد ذلك لان النسب لا يحتمل النقض بعد ثبوته ولهذا ينافي آخر كتاب الدعوى في قوله واذا كان الصبي في يد رجل فقال هو ابن عبدي الغائب ثم قال هو ابني لم يكن ابنه أبدا لان النسب اذا ثبت لا ينتقض بالجود والتكذيب اه وكتب ما نصه قال الاتقاني وليس هذا بوصية في الحقيقة بدليل أنهم قالوا فيمن أقر بأخ ولا وارث له ثم أوصى لرجل بجميع ماله أن للموصى له الثلث والباقي للاخ ولو كان الاخ يستحق الوصية وجب قسمة الثلث بينهما فظهر بهذا أنهم جعلوه في حكم الموصى له بمعنى أنه يستحق المال بقول المريض وليس هنا لك نسب ثابت يستند الاستحقاق اليه اه

(قوله في المتن فلا شيء للمقر للآخر خمسون) وذلك لان المائة صارت ميراثا بينهما فلما أقر أحدهما باقتضاء أبيه صح ذلك في نصيبه خاصة لا في نصيب أخيه فبقيت حصة الآخر كما كانت فيجعل كأن المقر استوفى نصيبه ولان الاستيفاء انما يكون بقبض مضمون لان الديون تقضى بأمثالها فيجب للمطلوب على الطالب بقبض الطالب مثل ما وجب للطالب على المطلوب فيلتقيان قصاصا فيسقط ما على المطلوب فاذا كذبه أخوه في الاقرار لم ينفذ الاقرار على المنكر فينفذ في حق المقر خاصة فيسقط نصيب المقر وأورد الفقيه أبو الليث السمرقندي في شرح الجامع الصغير سؤالا وجوابا فقال فان قيل يزعم هذا المقر أن أباه قد قبض الخمسين والخمسون الباقية بينهما نصفان فلم يطل حقه في الكل قيل له لو أخذ من تلك الخمسين شيأ أدى ذلك الى الدور والتناقض لانه لو أخذ منه كان (٣٩) للابن الآخر أن يأخذ من المطلوب تمام الخمسين لان الابن المنكر يقول لي أخذ أبي من الدين شيأ ولي تمام خمسين فله أن يرجع على المقر بتمام خمسين ثم للمقر أن يرجع على الابن المقر بما أخذ من أخيه واذا كان يؤدي الى هذا ليس له أن يشاركه فيما قبض المنكر من الخمسين اه اتقاني (قوله لانه لو رجع المقر على أخيه) أي وأخذ منه نصف الخمسين التي قبضها من الغريم اه (قوله بما بقي من الدين) أقول كان ينبغي أن يقول بتمام الخمسين اذ لا حق للابن المنكر فيما زاد على الخمسين حتى يكون له المطالبة به اه

وبنت يقسم نصيب المقرين اخماسا وعندهما ارباعا والخراج ظاهر ولو أقر بامرأة انها زوجة أبيه أخذت ثمن ما في يده ولو أقر بجدة هي أم الميت أخذت سدس ما في يده فعامل فيما في يده كما يعامل لو ثبت ما أقر به وقال في الايضاح لو أقر أحد الابنين المعروفين بزوجة للميت أخذت تسعي ما في يده لان في زعم المقران التركة بينهم على ستة عشر سهما للزوجة سهمان ولكل ابن سبعة أسهم فلما أخذ أخوه أكثر من حقه في زعمهما صار ذلك كالهالك فتضرب هي بقدر حقها وهو سهمان ويضرب الابن بقدر حقه وهو سبعة فيحصل لها سهمان من تسعة وله سبعة وعلى قول مالك وابن أبي ليلى لها ثمن ما في يده لان اقراره انما يصح بسهم واحد يعني من ستة عشر وله سبعة أسهم قال رحمه الله (وان ترك ابنين وله على آخر مائة فأقر أحدهما بقبض أبيه خمسين منها فلا شيء للمقر وللآخر خمسون) لان الاقرار باستيفاء الدين اقرار بالدين على الميت لان المقبوض غير الدين فيكون مضمونا على القابض دينا في ذمته ثم يتقاصان فاذا كذبه أخوه لا يصدق عليه فينفذ في حقه خاصة فوجب على الميت خمسون درهما على زعمه والدين متقدم على الميراث فاستغرق نصيبه فلا يأخذ منه شيأ كما اذا أقر عليه بدين آخر وكذبه أخوه وليس له أن يشارك أخاه في الخمسين وان تصادقا على أنه مشترك بينهما لانه لو رجع المقر على أخيه لرجع أخوه على الغريم بما بقي من الدين على زعمه ثم رجع الغريم على المقر بما زاد على الخمسين مما أخذه من أخيه المكذب لان الوارث لا يأخذ شيأ الا بعد قضاء الدين فيؤدي الى الدور وعلى مذهب ابن أبي ليلى ان المقر يحصل له نصف الخمسين لانه يصرف الاقرار الى الكل شائعا لانه أقر على نفسه وعلى أخيه فاقراره في حقه مقبول فيصح وفي حق أخيه لا يقبل فلا يصح ولو أقر أن أباه قبض كل الدين والمسئلة بحالها كان جوابه كالأول الا أنه هنا يحلف المنكر لحق المدين بالله ما يعلم انه قبض الدين فان نكل برئت ذمته وان حلف دفع اليه نصيبه بخلاف المسئلة الاولى حيث لا يحلف لحق الغريم لان حقه كله حصل له من جهة المقر فلا حاجة الى تحليفه وهنا لم يحصل له الا النصف فيحلفه ولو ترك الميت في هذه الصورة مائة أخرى غير الدين والمسئلة بحالها فاقتسماها رجع المكذب على الغريم بنصيبه من المائة الدين لما قلنا وللغريم أن يحلفه لما بينا فان نكل برئت ذمته وان حلف أخذ نصيبه وهو خمسون درهما من الغريم ثم يرجع الغريم بذلك على المقر يأخذه منه من نصيبه من التركة لانه لما أقر بقبض أبيه المائة فقد أقر عليه بالدين والدين متقدم على الميراث على الوجه الذي بيناه والله أعلم بالصواب

كتاب الصلح

قال رحمه الله (هو عقد يرفع النزاع) هذا في الشرع وفي اللغة هو اسم بمعنى المصالحة وهو المسالمة بخلاف

كتاب الصلح

قدم وجه مناسبة الصلح والاقرار بالدعوى في أول الاقرار اه (قوله في المتن هو عقد يرفع النزاع) ركنه الايجاب والقبول وشرطه أن يكون البدل المصالح عليه مالا معلوما ان احتيج الى قبضه والا لا يشترط معلوميته فان من ادعى حقا في دار وادعى المدعى عليه حقا في ملوته فتصالحا على أن يترك كل واحد منهما ما ادعاه قبل صاحبه صح وان لم يبين كل واحد حقه لان جهالة الساقط لا تفضي الى المنازعة وحكمه وقوع البراءة عن دعوى المدعي وجوازه ثبت بقوله تعالى والصلح خير عرف باللام واللام فيقتضي أن يكون كل صلح خيرا وكل خير مشروع اه سيد وقال الكاكي وشرط الصلح كون المصالح عنه يجوز الاعتياض عنه كالقصاص بخلاف ما اذا كان حقا لا يجوز الاعتياض عنه كحق الشفعة والكفالة بالنفس فلا يجوز الصلح عنه وكون بدل الصلح مالا معلوما ان احتيج الى قبضه والا لا تشترط معلوميته فان من ادعى حقا في دار وادعى المدعى عليه حقا في ملوته فتصالحا على أن يترك كل واحد منهما ما ادعاه قبل صاحبه صح وان لم يبين كل واحد حقه لان جهالة الساقط لا تفضي الى المنازعة وحكمه وقوع البراءة عن دعوى المدعي اه (قوله وهو المسالمة) أي بعد المحاربة اه اتقاني

(قوله وأصله من الصلاح) أي وهو استقامة الحال اه اتقاني (قوله قالوا معناه جنس الصلح) قال الاتقاني فان قلت لا يصح التمسك بالآية لانه انما يصح اذا كان المراد بالالف واللام الجنس لا العهد وقد وجد دليل العهد لانه تعالى قال وان امرأة خافت من بعلها نشوزا أو اعراضا فلا جناح عليهما أن يصالحا بينهما صلحا والصلح خير أي ذلك الصلح ولئن سلمنا أن المراد به الجنس فلا يجوز أيضا صرفه الى الكل لان ما ينطبق عليه اسم الصلح لا يجوز وله هذا لم يجز الصلح بعد البين وصلح المودع لا يجوز أيضا واذا ادعى على آخر قذفا لا يجوز الصلح وكذا اذا ادعى على امرأة نكاحها فانكرت فصالحت على مال لا يجوز فاذا لم يمكن صرفه الى الكل وجب حمله على الادنى لتيقنه وهو الصلح عن اقرار فلت التعلق بالآية صحيح لدخول الالف واللام وهي مطلقة لا فصل فيها وحمله على العهد ضعيف لان الله تعالى أمر بالصلح وعلل بكونه خيرا وهو المفهوم من لسان العرب وكأنه قال صالحوا فان الصلح خير يعني جنس الصلح خير كما يقال صل والصلاة خير أي جنس الصلاة خير غاية ما في الباب أنه انصرف الى الصلح المذكور أولا ولكنه وصفه تعالى بكونه خيرا لانه صلح فكل ما يكون صلحا يكون خيرا وأيضا قد يكون ذلك الصلح عن انكار أيضا لان نشوز الزوج والاعراض قد يكون عن انكار حقها فيكون ذلك صلحا على الانكار ومع ذلك جاز وقولهم لا يحكم صرفه الى الجنس كله فالجواب عنه نقول ليس ذلك من باب ما لا يمكن العمل بالاطلاق بل في بعض المواضع ترك العمل بالاطلاق بدليل التقييد ووجوده (٣٠) في بعض المواضع لا يدل على وجوده في كل المواضع فلا يمنع ذلك العمل بالاطلاق فيما وراءه دليل التقييد وقد تأيد هذا بقوله صلى الله عليه وسلم الصلح جائز بين المسلمين اه ما قاله الاتقاني ﴿فرع﴾ قال في الفتاوى الصغرى قال شيخ الاسلام خواهرزاده الصلح مع المودع على أربعة أوجه الاول اذا ادعى صاحب المال الايداع وجحد المودع والثاني اذا ادعى صاحب المال الايداع والاستهلاك والمودع أقر بالايداع وسكت ولم يدع الرد أو الهلاك وفي هذين الوجهين الصلح جائز عندهم والثالث اذا قال المودع هلكت أو رددت وصاحب المال ساكت أو قال لا أدري فاصطلحا لا يجوز في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ويجوز في قول محمد رحمه الله والرابع اذا قال المودع ضاعت أو رددت وقال المالك لا بل استهلكت فاصطلحا لا يجوز في قول أبي حنيفة وأبي يوسف الاول وفي قول أبي يوسف الآخر وهو قول محمد يجوز قال استاذنا فخر الدين وهكذا ذكر في المنتقى أيضا قال شيخ الاسلام خواهرزاده والفتوى على قول أبي حنيفة وعامة المشايخ لم يفرقوا بين ما اذا قال المالك استهلكتها وقال المودع ضاعت أو رددت أو قال المودع ضاعت أو رددت وقال المودع استهلكتها وذكروا الخلاف فيهما جميعا وقال القاضي الامام علي السغدي اذا قال المودع أولا استهلكتها وقال المودع ضاعت أو رددت يجوز الصلح في قولهم الى هنا لفظ الفتاوى الصغرى اه اتقاني (قوله في المتن وهو جائز باقرار) قال علاء الدين العالم في طريقة الخلاف والمراد بجواز الصلح اعتباره في اثبات ملك المدعى في بدل الصلح وانقطاع حق الاسترداد للمدعى عليه وبطلان حق الدعوى في أصل المدعى والكلام المعروف في هذه المسئلة أن هذا بذل المال بطريق المعاوضة في جانب المدعى لقيام أمارة ثبوت الحق في حقه وبذل المال لدفع الخصومة وصيانة النفس في حق المدعى عليه اه اتقاني (قوله في المتن وسكوت) أي وهو أن لا يقر المدعى عليه ولا ينكر اه ووجه حصر الصلح في الثلاثة قال الاتقاني أن المدعى عليه لا يخلو اما أن يجب لدعوى المدعي أولا والثاني هو السكوت والاول لا يخلو اما أن يكون بالاقرار أو الانكار ولا ثالث لهما فانحصر على الثلاثة لاستحالة اه (قوله كل صلح جائز الى آخر الحديث) رواه الترمذي من طريق أبي هريرة وقال هذا حديث حسن صحيح اه

الخاصة وأصله من الصلاح وهو ضد الفساد ومعناه دال على حسنه الذاتي وكم من فساد انقلب به الى الصلاح بحسنه ولهذا أمر الله تعالى به عند حصول الفساد والفتن بقوله تعالى وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما وقال تعالى وان امرأة خافت من بعلها نشوزا أو اعراضا فلا جناح عليهما أن يصالحا بينهما صلحا والصلح خير قالوا معناه جنس الصلح خير ولا يعود الى الصلح المذكور لانه خرج مخرج التعليل والعلة لا تتقيد بمحل الحكم فيعلم بهذا أن جميع أنواعه حسن لان فيه اطفاء النائرة بين الناس ورفع المنازعات الموبقات عنهم وهي ضد المصالحة وهي منهي عنها بقوله تعالى ولا تنازعوا وفي ترك الصلح ذلك لان طلب جميع ما يستحقه ربما يؤدي الى الانكار لا سيما عند الاعسار وفيه فساد عظيم بعد الانكار فان المدعي اذا أقام البينة تكثر العداوة وتهيج الفتن بين المدعي والمدعى عليه والشهود والقاضي والى هذا أشار النبي صلى الله عليه وسلم بقوله ردوا الخصوم كي يصطلحوا وقال أبو منصور الماتريدي رحمه الله لا يعمل الشيطان في ايقاع العداوة والبغضاء في بني آدم مثل ما يعمل من ابطال الصلح على الانكار وهذا صحيح لان في منع هذا الصلح فتح باب المنازعات واثارة النائرات بين الناس واقامة الفتن والمكايدات ألا ترى الى ما حكي ان فتنة وقعت في قبيلة بسبب تهمة غلام فهاجت بينهم حتى قتل منهم أربعون ألفا فامتدت الحرب بينهم الى أن وقع الصلح فانطفأت النائرة ولان العقود انما شرعت للحاجة والحاجة اليه أمس لدفع الشر فكان أولى به قال رحمه الله (وهو جائز باقرار وسكوت وانكار) لاطلاق ما تلونا وما رويناه وما بينا من المعنى ولقوله عليه الصلاة والسلام كل صلح جائز فيما بين المسلمين الا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا

وقال الشافعي لا يجوز مع الانكار والسكوت لما روينا وهذا بهذه الصفة لان البدل كان حلالا للدافع حراما على الآخذ فبالصلح ينعكس الامر فيكون حراما على الدافع حلالا على الآخذ أو نقول ان المدعى ان كان محقا كان أخذ المدعى حلالا له قبل الصلح وحرم عليه بالصلح وان كان مبطلا فقد كان أخذ المال على الدعوى الباطلة حراما عليه قبل الصلح وحل له بالصلح فصار صلحا أحل حراما ولان المدعى عليه يدفع المال لقطع الخصومة عن نفسه وهذا رشوة فاذا كان التمليك رشوة كان التملك قبول الرشوة اذ لا ملك الا من الجهة التي ملك فيكون المدعى عليه دافعا لدفع الظلم والمدعي آخذا لترك الظلم قلنا ليس هذا بمراد النبي صلى الله عليه وسلم لان ذلك موجود في الصلح مع الاقرار أيضا لان الصلح يقع عادة على ما دون حقه فما زاد على المأخوذ الى تمام حقه كان حلالا للمدعي أخذه قبل الصلح وحرم عليه بالصلح وكان حراما على المدعى عليه منعه قبل الصلح وحل له ذلك بعد ولو كان المراد هذا المعنى لما صح مطلقا بل البيع أيضا يكون حراما بهذا الاعتبار لان كل واحد من المتبايعين ماله كان حلالا له قبل البيع وحرم عليه بالبيع وكذا سائر العقود المشروعة فيؤدي هذا الى تحريم أسباب الملك بأسرها وانما مراده عليه الصلاة والسلام أن يستباح بالصلح ما ليس بمباح شرعا أو يحرم ما ليس بحرام وذلك مثل أن يصالح على الخمر والخنزير أو تصالح احدى الضرتين زوجها على أن لا يطأ الاخرى أو أمته فتحرم عليه على زعمهم بالصلح وهذا ظاهر لانه عليه الصلاة والسلام ذكر الحرام والحلال مطلقا والمطلق منهما ينصرف الى الكامل وذلك بأن يكون حراما أو حلالا لعينه وقوله رشوة وتمليكه قبول للرشوة الى آخره لا نسلم بل هو في زعم المدعي هو عين حقه أو بدله فهو حلال له أخذه وأكله وفي حق المدعى عليه لافتداء اليمين ودفع الشر عن نفسه وهو أيضا حلال له لان المال لم يخلق الا لذلك ولهذا قال أبو حنيفة رحمه الله ان أجور ما يكون من الصلح الصلح على الانكار لان معنى الصلح فيه يتحقق على التمام وهو قطع المنازعة والخصومة والفساد الذي يتولد منها وأما مع الاقرار فلا يؤخذ فيه معنى الصلح على التمام اذ ليس فيه منازعة حتى يحتاج فيه الى الصلح بل هو استيفاء البعض حقه واسقاط للباقي ان أخذ بعض حقه من جنسه وان أخذ من خلافه فهو بيع عن طوع منه واختيار ولو قلنا انه رشوة فهي جائزة للدافع لدفع الظلم عن نفسه وما جاء فيه من الذم من قوله عليه الصلاة والسلام لعن الله الراشي والمرتشي المراد به اذا كان هو الظالم فيدفعها الى بعض الظلمة من ولاة الامور يستعين به على الظلم بالرشوة وأما لدفع الضرر عن نفسه فلا شبهة فيه حتى روي عن أبي يوسف رحمه الله أنه أجاز ذلك للوصي من مال اليتيم أيضا لدفع الضرر عن اليتيم ألا ترى أن الخضر عليه السلام خرق السفينة كيلا يأخذها الظالم وما كان مراده بذلك الا الاصلاح والله يعلم المصلح من المفسد وقوله اذ لا يملكه الا من الجهة التي ملك قلنا لا نسلم اتحاد جهة التمليك والتملك بل قد تختلف الجهة بينهما كمن أقر بعتق عبد غيره ثم اشتراه فانه يبيع في حق البائع حتى يجبر المشتري على الثمن فداء في حق المشتري اذ لا بيع بينهما على زعمه وقبل كل واحد من الجماعة في التحري ما أدى اليه اجتهاده والخلع عين في حقه معاوضة في حقها وكذا الفسخ بالاقالة فانها بيع في حق ثالث فسخ في حق المتعاقدين قال رحمه الله (فان وقع عن مال عمال باقرار اعتبر بيعا) لان معنى البيع قد وجد فيه وهو مبادلة المال بالمال عن تراض فتجري فيه أحكام البيوع وهذا لأن الاصل في الصلح أن يحمل على أشبه العقود له فتجري عليه أحكامه لان العبرة للمعاني دون الصور ولهذا جعلت الهبة بشرط العوض بيعا والكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط أن لا يبرأ الاصيل كفالة ثم اذا وقع عن مال عمال ينظر فان وقع على خلاف جنس المدعى فهو بيع وشراء كما ذكرنا وان وقع على جنسه فان كان بأقل من المدعى فهو حط وابراء وان كان مثله فهو قبض واستيفاء وان كان بأكثر منه فهو فضل وربا قال رحمه الله (فثبت فيه الشفعة والرد

الله بن مسعود عن عبد الله ابن مسعود أنه كان بالحبشة فرشا دينارين قال محمد فهذا لا بأس به وليس هذا بسحت الا على من أكله فأما من أعطاه لمنفعته فلا بأس بذلك وكذلك في دار الاسلام أيضا ان رشا انسانا يخاف ظلمه وحبسه فلا بأس بذلك للراشي ويكره ذلك للمرتشي قال محمد بلغنا عن الشعبي عامر بن زيد أنه قال ما وجدنا في زمن الحجاج أو زياد أو ابن زياد شيأ خيرا لنا من الرشا قال محمد فهذا لا بأس به للمعطي لانه يدفع عن نفسه الظلامة وانما يكره ذلك للآخذ الى هنا لفظ كتاب السير الكبير اه اتقاني (قوله حتى روى عن أبي يوسف) رواه أبو الليث وبه يفتى اه معراج (قوله كيلا يأخذها الظالم) أجاز التحيل في أموال الناس مخافة أخذ المتغلب كذا في أحكام الصغار وفي المحيط لو رشا الدفع خوفا على نفسه أو ماله أو خوفا على نسائه أو أعطى ماله لشاعر لا بأس به اه معراج (قوله والله يعلم المصلح من المفسد) كذا يخط الشارح لم يرد الشارح اللاوة ولذا قدم المصلح اه (قوله ما أدى اليه اجتهاده) أي جهة كل واحد منهم قبلة في حقه ولا تكون قبلة في حق من توجه الى غيرها اه (قوله في المتروك ثبت به الشفعة) أي اذا كان عقارا اه

(قوله ولهذا اذا كان البدل غير مقدور التسليم) أي كما اذا صالح على عبد آبق اه (قوله في المتن فيشترط التوقيت) حتى لو صالحه على سكنى دار الى الابد أو حتى يموت لا يجوز اه كاكى قال الاتقانى فاذا اعتبر بالاجارة كان التوقيت من شرطه حتى لو وقع الصلح على سكنى بيت بعينه الى مدة معلومة جاز وان وقع الصلح أبدا أو الى أن يموت لا يجوز وكذا ان وقع الصلح على زراعة أرض سنين معلومة جاز واذا لم تكن المدة معلومة فلا و يبطل الصلح بموت أحد المتعاقدين أيضا كما في الاجارة و يرجع المدعى في دعواه بقدر ما لم يستوف من المنفعة اه ﴿فرع﴾ قال الامام الاسبيجابى في شرح الطحاوى الاصل أن الصلح على معلوم عن معلوم أو عن مجهول على معلوم جائز والصلح على شئ مجهول عن معلوم أو عن مجهول لا يجوز الا أن يكون ما وقع عليه الصلح يستغنى عن القبض والتسليم فجهالته لا تبطل عقد الصلح كما اذا ادعى كل واحد منهما حقا مجهولا فاصطلحا جميعا على التتارك جاز الصلح لان الجهالة لا تبطل العقود لعينها وانما تبطل العقود لمعنى فيها وهو لوقوع المنازعة فان كان مما يستغنى عن قبضه ولا تقع المنازعة في ثانى الحال جاز وان كان مما يحتاج الى قبضه وتقع المنازعة في ثانى الحال عند القبض والتسليم لم يجز ثم قال فيه واذا ادعى رجل عين مال في يد رجل كالعبد والدار والارض وغيرها فادعى كل أو بعضه والمدعى عليه مقر أو جاحد أو ساكت فان الذى وقع عليه الصلح إما أن يكون دراهم أو دنانير أو كيليا أو وزنيا أو حيوانا أو ثيابا ولا يخلو إما أن يكون معينا أو موصوفا غير معين أو وقع الصلح على منفعة أما اذا وقع الصلح على دراهم بعينها فالشرط فيها بيان مقدارها و يقع على الجياد من نقد البلد وان كان (٣٣) في البلد نقود مختلفة يقع على الغالب منها وان لم يكن لبعض منها على بعض غلبة فلا

بالعيب وخيار الرؤية والشرط) لان هذه الاشياء من أحكام البيع فتثبت فيه قال رحمه الله (ويفسده جهالة البدل) أي الذى وقع عليه الصلح (لا جهالة المصالح عنه) لانه بيع فيفسد بالجهالة المانعة من التسليم والتسلم غير أن المصالح عنه لا يحتاج فيه الى تسليمه فلا تضره الجهالة والذى وقع عليه الصلح يحتاج الى تسليمه فتفسده ولهذا اذا كان البدل غير مقدور التسليم يفسد دون المصالح عنه لانه يسقط فلا يحتاج الى تسليمه فلا يفضى الى المنازعة وكذا يفسد بجهالة الاجل اذا جعل البدل مؤجلا قال رحمه الله (وان استحق بعض المصالح عنه أو كله رجع المدعى عليه بحصة ذلك من العوض أو بكله ولو استحق المصالح عليه أو بعضه رجع بكل المصالح عنه أو ببعضه) لان كل واحد منهما عوض عن الآخر فأيهما استحق عليه ما أخذه رجع عليه بما دفع ان كلا فبالكل وان ببعضه فبالبعض بحصته لانه حكم المعاوضة قال رحمه الله (وان وقع عن مال بمنفعة اعتبارا بالاجارة) يعنى الصلح باقرار ان وقع عن مال بمنفعة يكون اجارة لما ذكرنا أنه يحمل على أشبه عقوده اذا العبرة للمعانى فوجب حمله عليها لوجود معناها فيه وهو قلة المنافع بعوض قال رحمه الله (فيشترط التوقيت و يبطل بموت أحدهما) لانه اجارة وهذا حكمها على ما عرف في موضعه وانما يشترط التوقيت في الاجير الخاص بأن ادعى شيأ فوقع الصلح على خدمة العبد أو سكنى سنة وفيما عداه لا يشترط التوقيت كما اذا صالحه على صبغ الثوب أو ركوب الدابة أو حمل الطعام الى موضع ولو مات أحدهما أو هلك المنفعة قبل الاستيفاء بطل الصلح

منها مع بيان القدر ويجوز الصلح عليها حالة ومؤجلة وقبض ما وقع عليه الصلح في المجلس قبل الافتراق ليس بشرط لان الافتراق عن عين بدين في غير الصرف والسلم وما لا يبطله النساء لا يبطله العقد هذا اذا كانت الدراهم غير معينة وأما اذا كانت معينة جاز الصلح ولا يحتاج الى بيان القدر والوصف ولكن لا يتعلق العقد بعينها لان الدراهم والدنانير لا تتعينان في عقود المعاملات حتى ان

المدعى عليه لو أراد أن يحبسها و يعطى الرجل مثلها كان له ذلك ولو هلكت في يده قبل التسليم الى المدعى أو استحقت لم يبطل فيرجع العقد وعليه تسليم مثلها ولو اختلفا في قدرها ووصفها بعد الهلاك فانهما يتحالفان و يترادان الفضل كما في البيع اذا اختلفا والسلعة قائمة بعينها وهنا المعقود عليه قائم وهو عين في يد المدعى عليه وكذلك الصلح ان وقع على الدنانير فهو كما لو وقع الصلح على الدراهم في جميع ما وصفنا وان صالح من دعواه على كيلى كالحنطة والشعير أو على وزنى كالحديد والصفر ان كان معينا أو أضاف العقد وهو حاضر وغائب (١) بعد أن ذلك في ملك المدعى عليه صح الصلح ويقع على ما سمى من الكيل والوزن وان أشار اليه ولم يسم الكيل والوزن جاز و يتعين ذلك فان كان موصوفا في الذمة فالشرط فيه بيان القدر والوصف و بيان الاجل ليس بشرط ولو بين الاجل جاز و يثبت والاصل أن الكيلى والوزنى أعيانهما سلع وأوصافهما أثمان فاذا عينا تعلق العقد بأعيانهما واذا وصفا ولم يعينا صار حكمهما حكم الدراهم والدنانير ولو صالحه على ثياب ان كانت معينة جاز الصلح والشرط فيه الاشارة لا غير وان كان غير معين فالصلح لا يجوز حتى يأتى بجميع شرائط السلم لان الثياب لا تثبت دينا في الذمة الا على اعتبار شرائط السلم وان صالح من دعواه على حيوان أو على مالا يجوز فيه السلم لجهالته فلا يجوز الصلح الا أن يكون معينا ولو صالح من دعواه على منفعة معلومة فان كان مما يجوز ورود الاجارة عليه صح الصلح وان كان مما لا يجوز ورود الاجارة عليه لم يجز الصلح الى هنا لفظ الامام الاسبيجابى في شرح الطحاوى اه اتقانى (قوله ولو مات أحدهما أو هلك) لفظ أو هلك ليس في خط الشارح اه

(١) (قوله بعد ان ذلك هكذا في أصل الحاشية وجرر العبارة اه مصححه

(قوله في المتن فداء اليمين) لفظ اليمين ليس في خط الشارح اه (قوله في المتن في حق المنكر) أي والساكت قال القدوري والصلح عن السكوت والانكار في حق المدعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة وفي حق المدعي بمعنى المعاوضة اه فيشمل قوله المدعى عليه المنكر والساكت اه (قوله في المتن ومعاوضة في حق المدعي) وذلك لان المدعي يدعي أنه محق في دعواه والذي أخذه عوض عن حقه والمرء مؤاخذ بزعمه فيجعل في حقه بمعنى المعاوضة والمدعى عليه يزعم أن المدعي مبطل في دعواه والذي يعطيه لدفع الخصومة والشغب والذب عن نفسه اه اتقاني (قوله في المتن فلا شفعة ان صالحا عن دارهما) قال الاتقاني وجملة القول ما قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي قال واذا ادعى دارا في يد رجل صالح منه على مال معلوم فان كان الصلح عن اقرار (٣٣) تجب الشفيع فيه الشفعة لان صاحب اليد مقر بان الدار كانت للمدعي واغا صارت له بهذا الصلح فصار بمنزلة الشراء فان كان ما وقع عليه الصلح مثليا أخذها الشفيع من صاحب اليد وان كان غير مثلي أخذها بالقيمة وان كان الصلح عن إنكار فلا شفعة للشفيع فيها لان من زعم المدعى عليه ان الدار كانت له وانما بذل المال للمدعي لدفع باطل خصومته لا بدلا للدار ولكن الشفيع يقوم مقام المدعي وله أن يدلي بحجته فان أقام البينة على صاحب الدار أن الدار كانت للمدعي أو حلف المدعى عليه فكل قال الشفعة لانه تبين أن الدار (١) انما حصلت فصار بمنزلة الشراء وان كان الصلح وقع على أرض بعينها أو على دار بعينها للمدعي عليه وجب للشفيع فيها الشفعة بقيمة الدار المتروكة سواء كان الصلح عن اقرار أو انكار لان من زعم المدعي أنه انما أخذها

فيرجع بالمدعى ولو كان ذلك بعد استيفاء بعض المنفعة بطل فيما بقي ويرجع بالمدعى بقدره وهذا كله قول محمد رحمه الله وهو القياس لانه اجارة وهي تبطل بذلك وقال أبو يوسف رحمه الله لا يبطل الصلح بموت المدعى عليه بل المدعي يستوفي المنافع على حاله وان مات المدعي فكذلك في خدمة العبد وسكنى الدار والوارث يقوم مقامه فيهما ويبطل في ركوب الدابة ولبس الثوب لان الصلح لقطع المنازعة وفي ابطاله بموت أحدهما اعادة المنازعة فيبقى فيما لا يتفاوت الناس فيه مطلقا لانه يمكن الاستيفاء فيه إما باستمرار العاقد أو باقامة وارثه مقامه وفيما يتفاوتون فيه كلبس الثياب وركوب الدابة ان مات المدعي عليه يبقى لامكان الاستيفاء بالاستمرار وان مات المدعي يبطل لتعذر اقامة الوارث مقامه فيه لانه يتضرر المالك بذلك وان قتل العبد يبطل الصلح عند محمد رحمه الله مطلقا كالاجارة لانه اجارة على ما بيناوعند أبي يوسف رحمه الله ينظر ان قتله المدعي أو الاجنبي يتخير فيه ويشتري بقيمته عبدا فيخدمه كما اذا قتل العبد الموصى بخدمته ولكن يثبت له الخيار لاحتمال الاختلاف بينهما في الخدمة فالرضا بالاول لا يكون رضا بالثاني وان قتله المدعى عليه بطل بالاجماع لان المولى لا يضمن نفس عبده فصار كما اذا مات حتف أنفه أو أعتقه المولى بخلاف المرهون حيث يجب على المولى الضمان بالاتلاف والعتق لانه فوت الاستيفاء الحاصل بعقد الرهن والقبض قال رحمه الله (والصلح عن سكوت أو انكار فداء اليمين في حق المنكر ومعاوضة في حق المدعي) لما بينا ويجوز أن يكون لشئ واحد حكمان مختلفان باعتبار شخصين كالنكاح موجبه الحل في المتناكحين والحرمة في أصولهما فيؤاخذ كل واحد منهما بما يزعم وهذا في الانكار ظاهر لانه يتبين بالانكار أن ما يعطيه لقطع الخصومة وفداء اليمين وكذا في السكوت لانه يحتمل الاقرار والانكار فجهة الانكار راجحة اذ الاصل فراغ الذمة فلا يجب عليه بالشك ولا يثبت به كون ما في يده عوضا عما دفع بالشك قال رحمه الله (فلا شفعة ان صالحا عن دارهما وتجب لو صالحا على دارهما) أي المنكر والساكت اذا ادعى على كل واحد منهما دارا فصالح عنها بدفع شئ آخر لم تجب في داره الشفعة لانه يدعي أنها داره وانه يستبقيها على ما كانت له وان المدفوع الى المدعي ليس بعوض عنها وانما هو لافتداء اليمين وقطع الخصومة ولو ادعى على كل واحد منهما شيأ فصالح عنه على دار فدفعها الى المدعي وجبت فيها الشفعة لان المدعي يدعي أنه يأخذها عوضا عما ادعى فكان معاوضة على زعمه فتجب فيها الشفعة لان كل انسان يؤاخذ بزعمه حتى لو ادعى عليه دارا فأنكر فصالحه عنها على دار أخرى وجبت الشفعة في التي صالح عليها دون الاخرى لما ذكرنا وانكار الآخر المعاوضة لا يمنع وجوب الشفعة فيها ألا ترى أن رجلا لو قال أنا اشتريت هذه الدار من فلان وفلان ينكر يأخذها الشفيع منه بالشفعة وكذا لو ادعى انه باع داره

(٥ ـ زيلعي خامس) بدلا عن الدار المتروكة وأن للشفيع فيها الشفعة فاستوى في المأخوذة حكم الاقرار والانكار ولو صالح من دعواه في الدار على منافع لا على عين مال فلا شفعة في المتروكة سواء كان الصلح عن اقرار أو انكار لان بدل الدار ليس بعين مال ولو اصطلحا على أن يأخذ المدعي الدار ويعطيه دارا أخرى فيجب في كل واحدة من الدارين الشفعة بقيمة الدار الاخرى اذا كان الصلح عن انكار لان الصلح اذا كان عن انكار كانت هذه مبادلة دار بدار ولو كان الصلح مثل هذا عن اقرار فلا يصح الصلح ولا تجب الشفعة فيهما جميعا لان الدارين جميعا ملك للمدعي كذا في شرح الطحاوي اه (قوله لافتداء اليمين وقطع الخصومة) ولا يصدق عليه المدعي في زعمه أنه أخذ المال عوضا عن حقه من غير بينة اه اتقاني (قوله فكان معاوضة على زعمه) أي فصار كأنه قال اشتريتها منه اه اتقاني

(١) قول الحبشي انما حصلت هكذا في الاصل وفي الكلام سقط واضح وخرر اه كتبه مصححه

(قوله في المتن ولو استحق المتنازع فيه) أي في الصلح عن انكار أو سكوت اه (قوله ولان المدعى عليه لم يدفع العوض الا ليدفع خصومته الخ) قال الكاكي وهذا بخلاف ما لو أعطى المدعى عليه بطريق الصلح ثم استحقت الدار فان المدعى لا يرجع على المدعى عليه بشئ لان في زعم المدعى أن ما دفع اليه ليس واجب عليه لانى أخذت ملكي فكنت متبرعا فيما أعطى ولا رجوع فيه بسبب الاستحقاق أو لان المدعى عليه مضطر في مسئلة الكتاب لانه يدفع لضرورة قطع الخصومة والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها أما المدعى ليس بمضطر فيما أعطى لانه على خيرته في دعواه فكان (٤٣) الدفع باختياره ولم يظهر عدم الاختيار عند الاستحقاق فلا يرجع بشئ اه (قوله بخلاف ما اذا وقع الصلح بلفظ البيع) صورته صالح ذو اليد المنكر مع المدعي على عبد فقال بعت منك هذا العبد بهذه الدار يعني أجرى لفظ البيع في مقام الصلح ثم استحق العبد حيث يرجع المدعي على المدعى عليه بالدار لا بالدعوى اه

﴿فصل﴾ لما ذكر فيما تقدم مشروعية الصلح وأنواعه الثلاثة ذكر في هذا الفصل ما يجوز عنه الصلح وما لا يجوز اه اتقاني (قوله في المتن الصلح جائز عن دعوى المال) قال الاتقاني رحمه الله أما جوازه عن دعوى المال فلما روى أن عثمان رضي الله عنه صالح عما ضر امرأة عبد الرحمن بن عوف عن ربع ثمنها على ثلاثة وثمانين ألف درهم وكان ذلك بحضرة الصحابة من غير نكير وسيجئ في فصل التخارج اه (قوله لانه في معنى البيع) فما جاز بيعه جاز الصلح عنه اه (قوله ألا ترى أن الورثة لو صالحوا الخ) قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي في باب الصلح في الوصايا واذا أوصى الرجل لرجل بخدمة عبده سنة وهو يخرج من ثلث ماله فصالحه الوارث من خدمته منفعة على دراهم أو على سكنى بيت أو على خدمة عبد آخر أو على ركوب دابة أو على لبس ثوب شهرا فهو جائز والقياس أن لا يجوز لان الموصى له بمنزلة المستعير والمستعير لا يقدر على تمليك المنفعة من أحد بدل ولهذا لو آجر منهم لا يصح الا أنا نقول بأن هذا ليس بتمليك اياهم ببدل بل هو اسقاط حقه الذي وجب له بعقد الوصية ببدل ولفظة الصلح لفظة تحتمل التمليك وتحتمل الاسقاط فان لم يمكن تصحيحه تمليكا أمكن تصحيحه اسقاطا فصححناه اسقاطا وهو حق معتبر يوازي الملك فاحتمل التقويم بالشرط ولهذا جاز الصلح على خدمة عبد آخر فلو كان هذا تمليكا

من فلان وهو ينكر يأخذها الشفيع منه بالشفعة لان زعمه حجة في حق نفسه قال رحمه الله (ولو استحق المتنازع فيه رجع المدعي بالخصومة وردّ البدل ولو ببعضه فبقدره) يعني لو ادّعى رجل على شخص شيأ فأنكر ثم صالحه على شئ ثم استحق المدعى كله أو بعضه ردّ المدعي العوض الذي أخذه كله أو بعضه قدر ما استحق على المدعي عليه ورجع هو بالخصومة مع المستحق لانه أخذه على زعمه عوضا عما ادّعى فاذا استحق ذلك يرجع عليه المدعى عليه بناء على زعمه كأنه اشتراه منه ولان المدعي عليه لم يدفع العوض الا ليدفع خصومته عن نفسه ليبقى المدعي في يده من غير خصومة أحد فاذا استحق لم يحصل له مقصوده وتبين أيضا أن المدعي لم يكن له خصومة فيرجع عليه فصار نظير ما اذا أدّى المكفول عنه المال الى الكفيل ليقضي الدين من عنده ويكون له ذلك ثم قضى المكفول عنه الدين رجع على الكفيل بما أعطاه لان غرضه لم يحصل له وانما يرجع المدعي بالخصومة لان المستحق قام مقام المدعى عليه حين أخذ المدعي منه فيكون له أن يخاصمه قال رحمه الله (ولو استحق المصالح عليه أو بعضه رجع الى الدعوى في كله أو بعضه) أي استحق الذي وقع عليه الصلح في يد المدعي رجع المدعي الى الدعوى في كله ان استحق كل العوض أو في بعضه ان استحق البعض لان المدعى ما ترك الدعوى الا ليسلم له البدل فاذا لم يسلم له رجع بالبدل وهو الدعوى بخلاف ما اذا وقع الصلح بلفظ البيع بأن قال أحدهما بعتك هذا الشئ بهذا وقال الآخر اشتريت حيث يرجع المدعي عند الاستحقاق على المدعى عليه بالمدعى نفسه لا بالدعوى لان اقدام المدعى عليه على المبايعة اقرار منه بأن المدعي ملك المدعى فلا يعتبر انكاره بخلاف الصلح لانه لم يوجد منه ما يدل على أنه أقر بالملك له اذ الصلح قد يقع لدفع الخصومة قال رحمه الله (وهلاك البدل الصلح قبل التسليم كاستحقاقه في الفصلين) أي في فصل الاقرار وفي فصل الانكار والسكوت فاذا كان كاستحقاقه يبطل به الصلح لان هلاك البدل في البيع يبطل البيع فكذا هذا وهذا في فصل الاقرار ظاهر لانه بيع حقيقة على ما مر وكذا في فصل الانكار والسكوت لانه بيع في حق المدعي فيبطل بهلاكه فلو هلك بعضه يكون كاستحقاق بعضه حتى يبطل الصلح في قدره ويبقى في الباقي كما في الاستحقاق هذا اذا كان البدل مما يتعين بالتعيين وان كان مما لا يتعين بالتعيين كالدراهم والدنانير لا يبطل بهلاكه لانهما لا يتعينان في العقود والفسوخ فلا يتعلق العقد بهما عند الاشارة اليهما وانما يتعلق بمثلهما في الذمة فلا يتصور فيه الهلاك

﴿فصل﴾ قال رحمه الله (الصلح جائز عن دعوى المال) لانه في معنى البيع في حقهما ان وقع بمال عن اقرار أو في حق المدعي وحده ان وقع عن انكار أو سكوت وفي حق الآخر لافتداء اليمين وقطع الخصومة أو في معنى الاجارة ان وقع عنه بمنافع وكل ذلك جائز على ما بينا قال رحمه الله (والمنفعة) يعني الصلح عن دعوى المنفعة أيضا جائز ويكون بمعنى الاجارة ان وقع عنه بمال أو بمنافع لان المنافع يجوز أخذ العوض عنها بعقد الاجارة فكذا بعقد الصلح ألا ترى أن الورثة لو صالحوا الموصى له بالخدمة على مال أو

لكان باطلا لان بيع الخدمة بأخدمة لايجوز وكذلك لو فعل ذلك وصي الوارث الصغير لانه تصرف نافع في حقه فان مات العبد الموصى بخدمته بعد ما قبض الموصى له ما صالحوه عليه فهو جائز لانه عقد اسقاط وقد تم بالموت لان حقه في منفعته مادام حيا وقد أسقط كل ذلك بالصلح فسلم له بخلاف ما اذا آجر عبدا مدة ثم مات قبل مضي المدة فان ثمة لم يسلم جميع ما قوبل بالبدل فلا يسلم البدل أيضا في مقابلته اه اتقاني (قوله في المتن والجناية) قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي والصلح من كل جناية فيها قصاص على ماقل من المال أو كثر جائز لان القصاص مما يحتمل الاسقاط بغير مال فيحتمله بالمال أيضا وهو حق يحتمل التقويم بالكتاب والسنة واجماع الامة كذا قال الاتقاني ثم قال وأما السنة فما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين ان أحبوا قتلوا وان أحبوا أخذوا الدية أراد به رضا القاتل واجماع الامة على هذا كذا في شرح الكافي ولان دم العمد حق يجوز أن يؤل الى مال وهو اذا دخلته شبهة جاز الصلح منه على مال كالرد بالعيب اه اتقاني (قوله نزلت الآية في الصلح عن دم العمد) وقيل ان الآية نزلت في دم بين شريكين عفا أحدهما أنه ينقلب نصيب الآخر مالا اه اتقاني (قوله ولانه حق ثابت في المحل في حق الفعل) بخلاف حق الشفعة اذ ليس ثابتا في المحل اه (قوله وما جاز أن يكون مهرا الخ) أي الصلح بمنزلة النكاح يعني أن كل ما يصلح تسميته مهرا في النكاح يصلح بدل الصلح ولا يقال كل ما يصلح بدل الصلح يصلح مهرا لانه اذا صالحه عن أن يعفو الآخر عن قصاص له (٣٥) قبل رجل آخر جاز وعفو القصاص لا يصلح مهرا قال شمس الائمة البيهقي في الكفاية وكل ما يصلح مهرا يصلح بدل الصلح عن الدم وكل ما ذكر مهرا ولم يصح تسميته وجب مهر المثل وهنا تجب الدية والارش في ماله حالا لان الدية هنا كمهر المثل هنالك لان كل واحد يجب بدلا عن مال ثم القود يسقط بأدنى شئ ولم يرض مجانا فيجب ما ذكرنا الا في فصل اذا صالح عن دم العمد على خمر يسقط القصاص ولا يجب شئ بخلاف المهر لان هنالك سلك العفو بلا شئ فاذا ذكر مالا يصلح عوضا

منفعة جاز فهذا أولى لكونه معلوما لان لها مدة متناهية لكن انما يجوز الصلح عن المنافع على المنفعة اذا كانا مختلفي الجنس بأن يصالح عن السكنى على خدمة العبد أو زراعة الارض أو لبس الثياب أما اذا اتحد جنسهما كما اذا صالح عن السكنى على السكنى أو عن الزراعة على الزراعة فلا يجوز لانه لا يجوز استئجار المنفعة بجنسها من المنافع فكذا الصلح وعند اختلاف الجنس يجوز استئجارها بالمنفعة فكذا الصلح قال رحمه الله (والجناية) يعني الصلح جائز عن دعوى الجناية وهذا اللفظ يتناول الجناية على النفس وما دونها عمدا كان أو خطأ سواء كان عن اقرار أو انكار أو سكوت أما العمد في النفس فلقوله تعالى فمن عفي له من أخيه شئ فاتباع بالمعروف قال ابن عباس والحسن نزلت الآية في الصلح عن دم العمد ومعناها من بذل له بدل أخيه المقتول مال وذلك لا يكون الا بالصلح ولانه حق ثابت في المحل في حق الفعل فجاز أخذ العوض عنه كملك النكاح وما جاز أن يكون مهرا جاز أن يكون بدل الصلح وذلك سائر الاموال المعلومة والمنافع المعلومة وما لا يصلح مهرا لا يصلح بدلا عن القود مثل الخمر والخنزير لكن في النكاح يجب مهر المثل لان النكاح لم يشرع بلا مال والعفو مشروع بدونه مندوب اليه ولهذا لو لم يسم شيأ فيه لا يجب في النكاح مهر المثل لان البضع متقوم حالة الدخول ومهر المثل قيمة له لانه هو الموجب الاصلي وفي العفو عن القود لا يجب شئ لانه لا يتقوم الا بالتقويم ولم يوجد وهذا لان التقويم يكون بقيام غيره مقامه والقصاص لا يقوم غيره مقامه اذ لا يماثله غيره الا أن الشرع أجاز أخذ عوضه عند اتفاقهما فجاز أخذه بخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال حيث لا يجوز أخذه لانه لا حق له في المحل بل هو ملك المشتري

أصلا فكأنه عفا وفي النكاح لا يمكن بدون مهر وقال في الايضاح وبدل الصلح في دم العمد جار مجرى المهر وكل جهالة تتحملت في المهر تحملت هنا وما يمنع صحة التسمية يمنع وجوبه في الصلح والمعنى الجامع بينهما أنه وجب ابتداء لا في مقابلة مال وفي كل موضع بطلت التسمية في النكاح فكذلك في الصلح الا أن القصاص يسقط ويجب بدل النفس وهو الدية نحو أن يصالح على ثوب كما يجب مهر المثل في النكاح الا أنهما يفترقان من وجه وهو أنه اذا تزوجها على خمر يجب مهر المثل ولو صالح من دم العمد على خمر لم يجب شئ لان وجوب المهر في باب النكاح من ضرورات العقد فانه لم يشرع بلا مال فاذا لم يكن المسمى مالا لغت التسمية فصار كما لم يسم مهرا فوجب مهر المثل فاما في باب الصلح فوجوب المال ليس من ضروراته فانه لو عفا ولم يسم مالا لم يجب شئ اه اتقاني (قوله بخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال حيث لا يجوز) قال الاتقاني لانه مجرد حق لا يثبت ذلك في المحل قبل تملك المحل وهو الدار مثلا والقصاص ليس كذلك لان الملك ثابت في المحل لمن له القصاص قبل أخذ القصاص فجاز أخذ العوض عنه لانه عوض عن ملكه كأخذ العوض عن عبده في الاعتاق على مال فاذا لم يصح الصلح عن حق الشفعة بطلت الشفعة لانها تبطل بالاعراض عن طلب الشفعة واشتغاله بالصلح اعراض وانما قيد بالصلح عن حق الشفعة على مال لانه اذا صالح من شفعته على نصف الدار أو على ثلثها أو ربع جاز وسيذكر في الاصل قال في الشامل في باب الصلح في الشفعة من قسم المبسوط اشترى دارا وله شفيع فصالح من شفعته على نصف الدار بنصف الثمن جاز لان عند أبي حنيفة شراء بيته الا أخذا بالشفعة لانه ليس له أخذ البعض دون البعض ويجوز الشراء على هذا الوجه صالحه على أن يسلم الشفعة على بيت من

الدار بحصته من الثمن فالصلح باطل وحق الشفعة باق ولو صالحه على تسليم الشفعة على دراهم لا يجب المال وبطلت الشفعة لانه لما صالح على بيت منها فقد ذكر في الصلح ما يصح أخذه لو كان معلوما ألا ترى أنه لو سمى ربع الدار بربع الثمن جاز الا أنه بطل الاخذ لاجل الجهالة وبقي الحق أما في الصورة الثانية فشرط في الصلح ما لا يجوز أخذه فيبطل حقه مجانا الى هنا لفظ الشامل اه اتقاني وكتب على قوله بخلاف الصلح الخ ما نصه راجع باب ما تبطل به الشفعة اه (قوله وكالكفالة بالنفس) يعني لا يجوز أخذ العوض عنها وأما الكفالة هل تسقط سيأتي الخلاف فيها بعد ثلاثة أسطر في كلام الشارح اه (قوله قيل تسقط) أي وهو الاصح نص عليه الشارح في باب ما تبطل به الشفعة والله الموفق قال الاتقاني فاذا لم يجز الصلح عن الكفالة بالنفس فهل تبطل الكفالة أم لا فيه روايتان في رواية أبي حفص في الصلح تبطل وعليه الفتوى وهي رواية كتاب الشفعة وكتاب الحوالة والكفالة وفي رواية أبي سليمان لا تبطل وهي رواية كتاب الصلح من رواية أبي سليمان كذا في الفتاوى الصغرى قال صاحب التحفة ان الكفيل بالنفس اذا صالح المكفول له عال معلوم على أن يبرئه من الكفالة فالصلح باطل والكفالة لازمة اه (قوله جائز على ما ذكرنا) أي أول الفصل اه وكتب ما نصه قال الاتقاني الا أنه لا يجوز الصلح على أكثر من الدية لئلا تلزم المجاوزة عن التقدير الشرعي اه (قوله الا أنه لا تصح الزيادة على قدر الدية) أي في انحطاط النفس اه (قوله اذا وقع الصلح على أحد مقادير الدية للربا) وفي المغني هذا اذا كان الصلح منفردا أما اذا كان الصلح

منضما بالصلح عن دم الخطا يجوز وان زاد بدل الصلح على قدر الديتين كما لو صالح ولي قتيل العمد وولي قتيل الخطا من قتل عمدا وقتل خطأ على أكثر من الديتين يجوز ولصاحب الخطا قدر الدية وما بقي لصاحب العمد اه وكتب ما نصه قال شمس الائمة البيهقي في الكفاية يجوز الصلح من القصاص في نفسه وما دونه على أكثر من الدية وفي الخطا لا يجوز على الزيادة لان الواجب في الصورة الاولى ليس بمال فجاز كيفما كان وفي الثانية الواجب بقدر شرعا بخلاف القياس فلا يتجاوز عنه اه اتقاني (قوله ولو وقع الصلح على غير مقادير الدية) أي عدم صحة الزيادة على قدر الدية فيما اذا صالح عن جناية الخطا على أحد مقادير الدية كالابل والذهب والفضة أما اذا صالح على غير مقادير الدية كالمكيل والموزون جاز الصلح على الزيادة لان عند اختلاف الجنس لا تظهر الزيادة اه اتقاني (قوله كيلا يكون افتراقا عن كالئ بكالئ) أي وهو دين الدية بدين بدل الصلح اه (قوله ولو قضى القاضي الخ) قال الاتقاني وهذا الذي قلناه من عدم جواز الزيادة على قدر الدية فيما اذا لم يقض القاضي بذلك أما اذا قضى القاضي بنوع من مقادير الدية ثم صالح عن نوع آخر منها بالزيادة كما اذا قضى القاضي بمائة بعير فصالح على أكثر من مائتي بقرة أو ألف دينار جاز لان تعين الوجوب في الابل بالقضاء وكان البقر بدلا عنها فجاز كيفما كان قال أبو العباس الناطفي في آخر كتاب الصلح من الاجناس ناقلا عن نوادر ابن سماعة عن محمد لو صالحه بعد القضاء بمائة من الابل على ثلثمائة بقرة وقبض جاز وان كان قبل القضاء لم يجز (١) وان كان بعد القضاء جاز اذا قبض ثم نقل في الاجناس عن كتاب الجنايات للحسن بن زياد اذا حكم بالابل ثم صالح على أكثر من مائتي بقرة أو ألفي شاة لم يجز الا أن يكون من غير جنس الدية فيجوز اه ما قاله الاتقاني (قوله لان تراضيهما على بعض المقادير) تعيين للواجب الشرعي ولا يجوز الزيادة على المتعين شرعا اه

وانما له أن يتملك ان شاء وذلك بمجرد خيار فلا يجوز أخذ العوض عنه كخيار المخبرة وخيار الشرط والرؤية وخيار العيب وكالكفالة بالنفس ثم اذا فسدت التسمية في الصلح كما اذا صالح على دابة أو ثوب غير معين تجب الدية لان الولي لم يرض بسقوط حقه مجانا فيصار الى موجبه الاصلي بخلاف ما اذا لم يسم شيأ أو سمى الخمر ونحوه حيث لا يجب شئ لما ذكرنا ويسقط القصاص لان اقدامه على الصلح يتضمن الابراء عنه وكذا الخيارات التي ذكرناها والشفعة تسقط لما ذكرنا واختلفوا في سقوط الكفالة به قيل تسقط لما ذكرنا وقيل لا تسقط لان الكفالة بالنفس وسيلة الى المال غالبا فأخذت حكمه فلا تسقط ما لم يحصل غرضه بخلاف ما ذكرنا من الخيار والقصاص وأما الخطأ في النفس فلان موجبه المال والصلح عن دعواه جائز على ما ذكرنا الا أنه لا تصح الزيادة على قدر الدية اذا وقع الصلح على أحد مقادير الدية للربا كما لا يجوز الصلح على أكثر من الدين من جنسه في دعوى الدين بخلاف الصلح عن القود حيث تجوز الزيادة فيه على قدر الدية وكذا على الاقل وان كان أقل من عشرة دراهم لانه لا موجب له في المال وانما يجب بالعقد فيتقدر بتقديرهما بخلاف النكاح حيث لا تجوز تسمية ما دون العشرة فيه لانه مقدر به شرعا ولو وقع الصلح على غير مقادير الدية جاز كيفما كان لعدم الربا الا أنه يشترط القبض في المجلس اذا كان ما وقع عليه الصلح دينا في الذمة كيلا يكون افتراقا عن كالئ بكالئ ولو قضى القاضي بأحد مقادير الدية فصالح على جنس آخر منها بالزيادة جاز لان الحق تعين فيه بالقضاء فكان غيره من مقادير الدية بجنس آخر فأمكن الحمل على المعاوضة بخلاف الصلح عليه ابتداء لان تراضيهما على بعض المقادير بمنزلة قضاء القاضي فكما لا يجوز للقاضي أن يقضي بالزيادة على الدية من جنسه لا يجوز لهما أيضا أن يصطلحا عليها لما يلزم من الربا على ما ذكرنا ولو صالح على خمر فسد الصلح ووجبت عليه الدية لان هذا صلح عن مال

---

(١) قول الحشي وان كان بعد القضاء الخ هكذا في الاصل وهو مكرر مع أول الفرع كما هو ظاهر اه مصححه

(قوله أو القاذف) الغالب في حد القذف حق الشرع عندنا اه (قوله لان النسب حق الولد قال شمس الائمة السرخسي في الكفاية المطلقة المبانة ادعت أن هذا الولد للطلق وصالح من النسب على مائة لا يصح لانه حق الولد أيضا لا يمكن أخذ الوالد عن النسب ولو ادعت نكاحا بغير ولد فصالح على مائة لم يجز ويسترد المال ان دفع لان العوض على ترك النكاح من جانب الزوج ليس بمشروع الى هنا لفظه في الكفاية اه اتقاني (قوله في المتن ومن نكاح) قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي ولو أن رجلا ادعى على امرأة أنها امرأته فأنكرت ذلك فصالحته على مائة درهم على أن يبرأ من تزويجها الذي ادعى أجزته اذا قبل ويكون هذا خلعا في حق المدعي وبذل المال والرشوة في حقها قطعا للمنازعة ولو أقام بينة على تزويجه بعد الصلح لم يقبل لانه لا يفيد لانه تقرر معنى الخلع وكذلك لو قالت أعطيك مائة درهم على المبارأة أو على أنك بريء من دعواك أو على أن لا نكاح بيني وبينك كذا في شرح الكافي اه اتقاني ﴿فرع﴾ قال محمد في الاصل ولو ادعى قبله أنه شارب خمر وقال أرفعك الى السلطان فصالحه على مائة درهم على أن يكف عنه أو صالحه على مائة درهم على أن يقر بشرب الخمر فان هذا كله باطل لا يجوز وكذا لو ادعى أنه زنى بهذه المرأة فصالحه (٣٧) على مائة درهم على أن يكف ولا يرفعه الى السلطان فان هذا كله باطل لا يجوز ألا ترى أنه انما صالحه على حد من حدود الله تعالى ولو ادعى قبله سرقة متاع فصالحه المدعى عليه قبله على مائة درهم على أن أبرأه من السرقة فهذا جائز لانه ادعى قبله حقا وذلك لان دعوى السرقة دعوى المال لانها انما تصح دعواه في حق المال فصح الصلح فيه على مال يأخذه المدعي كما في سائر المواضع ثم قال في الاصل ولو صالحه على مائة درهم على أن يقر له بالسرقة ففعل ذلك فان كانت العروض قائمة بعينها فالصلح جائز وان كانت مستهلكة فالصلح باطل هذا لفظ محمد في الاصل في باب دعوى الجراحات والحدود وتفسيره ما قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في باب الصلح في دعوى القصاص والحد من شرح الكافي فان كانت العروض قائمة بعينها جاز لانه يكون بيعا لذلك العرض في زعمه بمائة درهم وان كانت مستهلكة لم يجز لانه يكون بيع الدراهم بدراهم أقل منه أو أكثر ثم قال في الاصل والصلح في الحدود كلها على مال وغير مال مردود فلا يجوز اه اتقاني رحمه الله (قوله فكان صحيحا) والمراد من جواز الصلح نفاذه في الظاهر فاما فيما بينه وبين الله تعالى فان كان على خلاف ما قال لا يحل له أخذه كذا في شرح الاقطع اه اتقاني وكتب ما نصه قال الاتقاني ورأيت في نسخة ثقة من نسخ القدوري مكتوبة في نار يخ خمس وعشرين وخمسمائة عدم الجواز قال وان ادعت امرأة نكاحا على رجل فصالحها على مال بذله لها لم يجز قال صاحب الهداية وجه الاول أي الجواز أن يجعل زيادة في مهرها وفيه نظر عندي لانه ضعيف جدا لان الكلام في دعواها النكاح وصلح الرجل عنه على مال عبارة عن ترك النكاح فكيف يكون ذلك زيادة في المهر والاصح هو الوجه الثاني وهو الذي أثبته واعتمد عليه في شرحه الشيخ أبو نصر البغدادي لاغير وقد رويتا ذلك أيضا عن الكفاية قبل هذا ونص الكرخي على بطلان الصلح في مختصره اه (قوله في بعض نسخ المختصر) أي مختصر القدوري اه (قوله لانه لو) أي لو دفع اليها المال لترك الدعوى وجعل الخ اه (قوله على ما كان عليه قبله) أي فلا يكون ما أخذته عوضا عن شئ

فيكون تقرير الصلح عن سائر الديون وما دون النفس معتبرا بالنفس فيلحق ما يوجب القصاص فيه بالعمد في النفس وما يوجب المال فيه بالخطا فيها ثم لا يختلف هذا الحكم في هذه الاشياء بين أن يكون عن اقرار أو انكار أو سكوت لما ذكرنا من المعنى واغا يختلف فيها السبب من معاوضة أو اقتداء بين قال رحمه الله (بخلاف الحد) يعني بخلاف ما اذا صالح عن دعوى حد بأن رفع الزاني أو شارب الخمر أو القاذف فصالح هو الرافع حتى يترك الدعوى لا يجوز الصلح فله أن يرجع عما دفع لان الحدود حق الله تعالى لا حق الرافع والاعتياض عن حق الغير لا يجوز ولهذا لو ادعت المرأة ان ولدها من زوجها المطلق فأنكر وصالحها على شئ حتى تترك الدعوى كان الصلح باطلا لان النسب حق الولد وكذا لو كان لرجل ظلة أو كنيف على طريق العامة فصالح منه رجل على نقضه فصالحه على شئ كان الصلح باطلا لان الحق في الطريق النافذ لجماعة المسلمين فلا يجوز أن يصالح واحد على الانفراد بخلاف ما اذا صالح الامام عنه على مال حيث يجوز لان للامام ولاية عامة وله أن يتصرف في مصالحهم فاذا رأى في ذلك مصلحة ينفذ لان الاعتياض من المشترك العام جائز من الامام ولهذا لو باع شيأ من بيت المال صح بيعه وبخلاف ما اذا كان ذلك في طريق غير نافذ فصالحه رجل من أهل الطريق حيث يجوز في حقه لان الطريق ملكه لا علمها فيظهر في حق الافراد والصلح معه مفيد لانه يسقط به حقه ثم يتوصل الى تحصيل رضا الباقين فيجوز قال رحمه الله (ومن نكاح) أي يجوز الصلح عن دعوى النكاح هذا اذا كان الرجل هو المدعي والمرأة تنكر لانه أمكن اعتبار الصحة فيه بأن يجعل في حقه في معنى الخلع لان أخذ المال عن ترك البضع خلع والصلح يجب حمله على أقرب العقود اليه على ما مر ذكره وفي حقها لافتداء اليمين وقطع الخصومة فكان صحيحا وان كانت هي المدعية والزوج ينكر ذكر في بعض نسخ المختصر أنه لا يجوز لانه لو جعل ترك الدعوى منها طلاقا فالزوج لا يعطي العوض في الفرقة اذ لم يسلم له شئ في هذه الفرقة وهي يسلم لها المال والنفس وان لم يجعل فرقة فالحال بعد الصلح على ما كان عليه قبله فتكون هي على دعواها فلا يكون هذا الصلح مفيدا قطع الخصومة

فلا يجوز ويلزمها ردّه اه اتقانى (قوله فى المتن والرق) أى بان ادّعى على رجل مجهول الحال أنه عبده فأنكر ثم صالحه اه (قوله لا ولاء له عليه) قال محمد فى الاصل وكذلك لو قال أصالحك من دعواى على وصيف الى أجل أو على كذا من الغنم الى أجل كان ذلك جائزا وكذلك الحيوان كله والثياب والعروض وكل شئ يجوز فيه المكاتبة فهو فى هذا الباب جائز ولو أخذ منه كفيلا بذلك لزم الكفيل الكفالة ولا يشبه هذا المكاتبة لانه هنا قد عتق حين وقع الصلح الى هنا لفظ محمد فى الاصل اه اتقانى رحمه الله (قوله لان المأذون له) أى المأذون له يملك التصرف فيما هو من كسبه (٣٨) وتجارته ورقبته ليست من كسبه وليست هى من تجارته ولهذا لا يملك بيع نفسه وانما هى للخدمة ولهذا لا تجب الزكاة على مولاه فى رقبته وانما عليه صدقة الفطر وكان التصرف فى رقبته الى مولاه لا اليه اه اتقانى (قوله ويصح بينه) أى الصلح جائز بين المكاتب المأذون وولى المقتول (قوله فى المتن ولو صالح عن المغصوب المتلف الخ) قيد بالاتلاف حتى لو كان قائما يجوز الصلح على أكثر من قيمته بالاجماع ثم هذا الخلاف فيما اذا لم يقض القاضى بالقيمة على الغاصب أما بعد القضاء لو صالح على أكثر منها لا يجوز بالاجماع اه معراج وكتب ما نصه قال فى الهداية قال ومن غصب ثوبا يهوديا دون المائة فاستهلكه فصالحه منها على مائة درهم جاز عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يبطل الفضل على قيمته بما لا يتغابن الناس فيه قال الاتقانى أى قال فى الجامع الصغير ثم قال وعلى هذا الخلاف اذا غصب عبدا فهلك فى يده فصالحه على مال ثم أقام الغاصب البينة على أن قيمته أقل مما صالح عليه بكثير لم تقبل بينته فى قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد تقبل بينته ويرد زيادة القيمة على الغاصب اذا كان العبد مستهلكا كذا ذكر شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى اه (قوله وهذا) أى جواز الصلح فى مسئلة الغصب وعدم جوازه فى مسئلة العتق قول أبى حنيفة وأما عندهما فلا يجوز الصلح فى المسئلتين ومحل عدم جواز الصلح عندهما فى المسئلة الاولى وعدم جوازه فى المسئلة الثانية على قول الكل ما اذا لم يقع الصلح على عرض أما اذا وقع على عرض فانه يجوز اتفاقا كما سيصرح الشارح به فى آخر هذه المقالة فتنبه له والله الموفق اه قوله فى آخر هذه المقالة أى مقالة الشرح

فلا يصار اليه وذكر فى بعضها أنه يجوز لانه يجعل كأنه زادها على مهرها ثم خالعها على أصل المهر دون الزيادة فيسقط المهر غير الزيادة قال رحمه الله (والرق وكان عتقا على مال) يعنى الصلح جائز عن دعوى الرق وكان فى حق المدعى بمعنى العتق على مال وفى حق الآخر لدفع الخصومة لانه أمكن تصحيحه بهذا الاعتبار فجاز ولهذا يصح على حيوان فى الذمة الى أجل كالكتابة اعتبارا لزعم المدّعى فان الحيوان يثبت فى الذمة فى معاوضة المال بغير المال كالنكاح والخلع غير أنه لا ولاء له عليه لانه ينكر العتق ويدعى انه حرّ الاصل الا أن يقيم المدّعى البينة بعد ذلك فتقبل بينته فى حق ثبوت الولاء عليه لا غير حتى لا يكون رقيقا لانه جعل معتقا بالصلح فلا يعود رقيقا وكذا فى كل موضع أقام بينة بعد الصلح لا يستحق المدّعى لانه بأخذ البدل باختياره نزل بائعا وكل موضع وقع فيه الصلح والمدّعى كاذب فيه لا يحل له فيما بينه وبين الله تعالى أخذ العوض عنه ونظيره المقرّ له اذا كان يعرف أن المقرّ كاذب لا يحل له الا اذا سلمه اليه بطيبة نفسه فيكون حينئذ هبة مبتدأة فيطيب له قال رحمه الله (وان قتل العبد المأذون له رجلا عمدا لم يجز صلحه عن نفسه وان قتل عبد له رجلا عمدا فصالحه عنه جاز) أى لو صالح العبد المأذون له ولى المقتول عن عبده جاز وعن نفسه لا يجوز وانما جاز عن عبده دون نفسه لان المأذون له لا يجوز له أن يتصرف الا فيما هو من باب التجارة ولا ينفذ تصرفه فى غيره وتصرفه فى نفسه ليس من التجارة فلا ينفذ فى حق المولى اذا كان بعوض لانه تصرف فى مال الغير بغير اذنه وهو المولى ولهذا لا يجوز له أن يبيع نفسه ويصح بينه وبين الولى حتى لا يجوز له قتله بعد العفو لانه مكلف فيصح تصرفه فى حق نفسه ولا يجب عليه البدل للحال لانه وما فى يده مال المولى ويتأخر الى ما بعد العتق كالامة اذا طلقها زوجها على مال فقبلت وقع عليها الطلاق بائنا لانه بعوض ويجب عليها المال بعد العتق كأنه طلق أو صالح على دين مؤجل وتصرفه فى عبده من باب التجارة لان استخلاصه كشرائه لانه باستحقاقه القتل صار كالزائل عن ملكه وهو لو خرج عن ملكه كان له أن يشتريه فكذا له أن يستخلصه بخلاف المكاتب حيث يجوز له أن يصالح عن نفسه لانه كالحر لخروجه عن يد المولى ولهذا لو ادّعى أحد رقبته كان هو الخصم فيه واذا جنى عليه كان الارش له وكذا اذا قتل لا تكون قيمته للمولى بل لورثته حتى تؤدّى بها كتابته ويحكم بحريته فى آخر حياته ويكون الفضل لهم فصار كالحرّ فيجوز صلحه عن نفسه ولا كذلك العبد المأذون له فلا يجوز صلحه عن نفسه قال رحمه الله (ولو صالح عن المغصوب المتلف بما زاد على قيمته أو على عرض صح ولو أعتق موسر عبدا مشتركا فصالح الشريك على أكثر من نصف قيمته لا) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يجوز الصلح فى المغصوب أيضا على أكثر من قيمته بما لا يتغابن الناس فى مثله لان القيمة هى الواجبة فى ضمان العدوان لانها هى التى يمكن وجوبها فى الذمة دون العين اذ العين ليست من ذوات الامثال فيكون ما وقع عليه الصلح بمقابلة ما وجب فى الذمة وهى القيمة لا بمقابلة العين فيصير ما زاد عليها ربا وهذا لان العين قد هلكت ولم يبق لها أثر فلا يمكن أن يقابلها شئ ولو أمكن لجاز بيعها فصار بمقابلة القيمة ضرورة وهى

مقدرة

(قوله وضمان العتق الخ) هذه المسئلة الثانية التي ذكرها في المتن وهي متفق عليها اه (قوله لا تجوز الزيادة على مقادير الدية) أي كما اذا صالح من الدية على أكثر من ألف دينار أو من عشرة آلاف درهم لا يجوز اه (قوله وصار كما اذا حكم الحاكم) قال الاتقاني وكما اذا قضى القاضي للشفيع بأكثر من الثمن الذي اشترى به ورضي المشتري لم يجز ثم قال وكما لو قضى القاضي بقيمة المغصوب على الغاصب ثم صالح على أكثر من القيمة لا يجوز بالاتفاق اه (قوله وفي كل ما هو معاوضة مال بغير مال الخ) قال الاتقاني أو نقول ان حق المغصوب منه في المثل صورة ومعنى لانه هو الاصل في ضمان العدوان وانما ينتقل عنه الى المثل معنى وهو المثل بالقيمة عند القضاء فقبل القضاء اذا اتصالحا على الاكثر لا يلزم الربا لان ذلك اعتياض عن حقه في العين لا استيفاء لعين حقه بأكثر منه فلا يتحقق الربا بخلاف ما اذا كان الصلح على الاكثر بعد قضاء القاضي بالقيمة لانه تقرر الحق فيها فتكون الزيادة ربا لا محالة وبخلاف الدية فانها مقدرة شرعا فلم تجز الزيادة على ذلك لانه يلزم تغيير الثابت شرعا وبخلاف مسئلة الشفعة أيضا فان المشتري مجبور على ازالة الملك الى الشفيع بثمن مقدر وهو الثمن الذي قام عليه فكان ذلك متضمنا لا علك التغيير بالزيادة على ذلك وبخلاف ضمان العتق لانا نقول لانسلم أنه لا يجوز الصلح على أكثر من قيمة نصف للعتق على قول أبي حنيفة لان بعض أصحابنا منعوا ذلك على قول أبي حنيفة كذا ذكر شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي ولان سلمنا ذلك فنقول لا يرد ذلك علينا لانه تحقق الساكت مقدرا في القيمة شرعا لا يحتمل المزيد قال النبي صلى الله عليه وسلم من أعتق عبدا بينه وبين شريكه قوم العبد قيمة عدل لا وكس فيه ولا شطط فان كان المعتق موسرا فعليه خلاصه والاسعى العبد فيه وفي صالحين فيه لم يوجد التقدير شرعا اه (قوله كما في حال قيام العين)

مقدرة فلا تجوز الزيادة عليها كما قلنا في الصلح عن قتل الخطأ وضمان العتق لا تجوز الزيادة على مقادير الدية وعلى نصف القيمة وصار كما اذا حكم الحاكم بالقيمة ولهذا لو صالح على شيء موصوف في الذمة غير الدراهم والدنانير الى أجل لا يجوز ولو كان بدلا عن العين جاز ولابي حنيفة رحمه الله أن الضمان بدل عن العين المستهلكة فيجوز بالغا ما بلغ كما اذا كانت قائمة حقيقة وهذا لان الواجب في ذمته المثل من كل وجه وذلك هو المثل صورة ومعنى ولهذا يجب عليه ذلك في المقدرات فكذا في العين لان وجوبها في الذمة ممكن ألا ترى أن الحيوان والثياب وغيرها من غير المقدرات يجب في الذمة في النكاح والكتابة والخلع والدية وفي كل ما هو معاوضة مال بغير مال فكذا في المغصوب اذ لا تغير في نفس الوجوب الا أن عند الاخذ يصار الى القيمة ضرورة أن أخذ المثل صورة ومعنى غير ممكن لان الآخذ والدافع لا يعرفان حقيقة ذلك لما فيه من التفاوت الفاحش ولا ضرورة في حق الوجوب لان الموجب هو الله تعالى وهو عالم به فكان الواجب مثله فاذا أخذ عوضه أكثر من قيمته فلا يكون ربا لانه ليس من أموال الربا كما في حال قيام العين أو نقول ان العين بعد الهلاك باقية على ملك المغصوب منه مالم يضمنه أو يتقرر حقه في القيمة بحكم الحاكم ألا ترى أنه لو اختار ترك التضمين بقي العين في ملكه حتى يجب التكفين عليه ولو كان آبقا فسادا من اباقه كان على ما كان فاذا كان كذلك فالضمان يكون عوضا عن العين ولا ربا فيها كما في حال قيام العين أو نقول ان الواجب في الاصل رد العين لقوله عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى ترد وانما يصار الى القيمة عند الضرورة وهي في حق الاخذ ولا ضرورة في جعل المأخوذ بدلا عن القيمة لامكان جعله بدلا عن العين والدية مقدرة شرعا على ما بينا وكذا ضمان العتق منصوص عليه فيكون مقدرا فلا تجوز الزيادة عليه لان تقدير الشرع فوق تقدير القاضي وبه تحرر فكذا بما هو فوقه وانما لا يجوز الصلح على موصوف في الذمة غير النقدين الى أجل لان المستهلك لا يوقف على أثره وما لا يوقف على أثره يكون في حكم الدين والافتراق عن دين بدين لا يجوز فكيف اذا كان مؤجلا حتى لو لم يكن مؤجلا وقبضه في المجلس جاز ولو كان ذلك بدلا عن القيمة لما جاز الا اذا كان معينا لانه يكون مبيعا حينئذ وبيع ما ليس عند الانسان لا يجوز في غير السلم ولو وقع الصلح على عرض جاز في جميع ما ذكرنا من المقدرات لانه ليس عين الواجب وانما هو بدل عنه بالاجماع قال رحمه الله (ومن وكل رجلا بالصلح عنه فصالح لم يلزم الوكيل ما صالح عليه

قال الاتقاني وان كان المغصوب قائما فالصلح على أكثر من القيمة جائز في قولهم لانه بيع اه وقد تقدم الحكم فيما اذا كان قائما عن الكافي أيضا اه (قوله كان على ما كان) ولو كان اكتسب كسبا كان الكسب له ولو كان نصب شبكة فتمثل بها صيد بعد ما ضمنه كان للمغصوب منه وانما يملك الكسب بملك الاصل اه اتقاني (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم على اليد على ما أخذت الى آخر الحديث) قال الاتقاني والدليل ان حقه لم ينقطع فيه أيضا انه لو صالح من القيمة على مكيل غير معين وقبض في المجلس صح ولو كان الحق منقطعا ووجبت القيمة عينا لما صح لانه يكون سلما فلا بد من شرائط عقد السلم اه (قوله لم ينقطع فيه أي في المغصوب اه (قوله وانما لا يجوز الخ) جواب عن قوله ولهذا لو صالح على شيء موصوف الخ اه (قوله ولو وقع الصلح على عرض الخ) قال الاتقاني في ذيل وجه قولهما في المسئلة الأولى أعني مسئلة الغصب بخلاف ما اذا صالح على عرض قيمته أكثر من قيمة المغصوب فانه يجوز لان الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس وبخلاف الغبن اليسير فانه لما دخل تحت تقويم المقومين لم يعتد ذلك فضلا فلم يكن ربا اه

(قوله فى المتن مالم يضمنه) فأما اذا ضمن فانه يجب عليه بحكم الكفالة والضمان لا بحكم العقد قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى ولو ادعى فى دار رجل دعوى فصالحه عنه آخر فاذا أضاف الصلح الى الذى فى يديه الدار سواء كان عن اقرار أو عن انكار كان بأمره فالضمان على الآمر ولا شئ على المصالح والمصالح عنه سالم للذى فى يديه لانه أخرج الكلام مخرج الرسالة حيث أضاف الصلح الى غيره بقوله صالح فلانا ولا عهدة على الرسول وكذلك ان قال صالحتك ولم يذكر فلانا فهو بمنزلة الاضافة الى فلان لان الصلح لقطع الخصومة والخصومة بين المدعى وبين فلان فصار هذا والاضافة اليه سواء وان أضاف الى نفسه بأن قال صالحنى فقد جعل نفسه أصلا فى العقد فيؤخذ به ثم يرجع بما ضمن على الآمر لوقوع حكم العقد له وكذلك لو لم يضف الى نفسه ولكن ضمن أو أضاف الى مال نفسه بأن قال صالحتك على مائة درهم من مالى أو على عبدى هذا لانه لما التزم المال فقد جعل نفسه أصلا وانه يصلح أصلا فى هذا العقد ثم يرجع بما ضمن على الآمر لانه بمنزلة الوكيل بالشراء أو بمنزلة الوكيل بالخلع وفى الموضعين الجواب هكذا الى هنا لفظ شرح الكافى اه اتقانى (قوله سفير ومعبر) ولا تتعلق حقوق العقد بالسفير (٥٤) كما فى الوكيل بالنكاح اه اتقانى (قوله فى المتن وان صالح عنه) أى عن المدعى عليه اه (قوله فى المتن بلا أمر صح) أى ان صالح الاجنبى عن المدعى عليه بلا أمره فى شئ مما لم يحمل على المعاوضة كدعوى القصاص صح الخ اه (قوله فلا يخلو إما أن أضاف) أى المصالح الشئ اه (قوله جائز فى الوجوه كلها) أى ولزمه تسليمها الى المدعى ولا يرجع بشئ منها على المدعى عليه لانه متبرع وصار كالكفالة بغير أمر المديون اه ابن فرشتا (قوله فالصلح فيه جائز) قال الاتقانى وذلك ان المال وان لم يجب عليه بعقد الصلح يجب بالضمان ويلزم بضمانه للمدعى لان قضاء دين الغير بغير اذنه جائز لان الصلح بطريق الاسقاط يصح والساقط يتلاشى فيستوى فيه الفضولى والمدعى عليه فيصلح الاجنبى أصيلا فى حق الضمان اذا أضاف الضمان بهذه الى نفسه بأن قال صالحنى على ألف على انى ضامن كالزوج اذا خالع امرأته مع أجنبى فضولى من جانب المرأة وضمن الاجنبى ذلك كان بدل الخلع عليه وكان أصيلا فى الضمان ومتبرعا على المدعى عليه باسقاط الخصومة فكذا هنا قال فى التحفة فأما اذا كان بغير اذنه فهذا صلح الفضولى وهو على أربعة أوجه فى ثلاثة منها يصح الصلح ويلزم المال على المصالح الفضولى ولا يجب على المدعى شئ بأن يقول الفضولى للمدعى أصالحك من دعواك هذه على فلان بألف درهم على انى ضامن لك هذه الالف أو على هذه الالف وهما فصل واحد أو قال على ألفى هذه أو على عبدى هذا أضاف المال الى نفسه أو عين البدل فقال على هذه الالف على هذا العبد وانما كان هكذا لان التبرع باسقاط الدين بأن يقضى دين غيره بغير اذنه صحيح والتبرع باسقاط الخصومة عن غيره صحيح والصلح عن اقرار اسقاط للدين والصلح عن انكار اسقاط للخصومة فيجوز كيفما كان وفى فصل واحد لا يصح بأن قال أصالحك من دعواك هذه مع فلان على ألف درهم أو على عبد وسط فان هذا الصلح موقوف على اجازة المدعى عليه ان أجاز يصح ويجب المال عليه دون المصالح لان الاجازة بمنزلة ابتداء التوكيل والحكم فى التوكيل كذلك وان لم يجز يبطل الصلح لانه لا يجب المال والمدعى لا يسقط اه

مالم يضمنه بل يلزم الموكل) هذا اذا صالح عنه عن انكار أو سكوت أو عن اقرار فى دم عمد أو فيما لا يحمل على المعاوضة كالصلح على بعض الدين لان الوكيل فى هذه الاشياء سفير ومعبر وهذا لان الصلح على الانكار معاوضة باسقاط الحق وكذا الصلح عن القود وأما الصلح عن بعض الدين فاسقاط محض فصارت هذه الاشياء بمنزلة الطلاق على مال ولهذا جاز هذا الصلح من الاجنبى كما يجوز الخلع منه فلا يلزم الوكيل شئ الا بالالتزام كالوكيل فى النكاح غير أنه اذا ضمن هنا وأدى عنه يرجع على الموكل وفى النكاح لا يرجع لان الامر بالصلح عنه أمر بالاداء عنه ليفيد الامر فائدته اذ الصلح عنه جائز بغير أمره فكان فائدة أمره الرجوع عليه اذا ضمن عنه بخلاف النكاح لانه لا ينفذ عليه من الاجنبى فكان فائدة الامر فيه الجواز ثم ان ضمن بعد ذلك وأدى يكون متبرعا والأمر بالخلع مثل الامر بالصلح حتى يرجع على الآمر ان ضمن وأدى عنه وأما اذا صالح عنه فيما يحمل على المعاوضة بأن كان عن مال بمال عن اقرار فان الوكيل يلزمه ما صالح عليه ثم يرجع به على الموكل لان الوكيل أصيل فى المعاوضة المالية فترجع الحقوق اليه دون الموكل فيطالب هو بالعوض دون الموكل قال رحمه الله (وان صالح عنه بلا أمر صح ان ضمن المال أو أضاف الى ماله أو قال على ألف وسلم والا وقف فان أجازه المدعى عليه جاز والا بطل) وهذه المسئلة على أربعة أوجه لانه لا يخلو إما أن ضمن المال أولا فان لم يضمن فلا يخلو إما أن أضاف الذى وقع عليه الصلح الى نفسه أولا وان لم يضف فلا يخلو إما أن سلم العوض أولا فالصلح جائز فى الوجوه كلها الا الوجه الاخير وهو ما اذا لم يضمن البدل ولم يضفه الى نفسه ولم يسلمه الى المدعى أما الوجه الاول وهو ما اذا صالح عنه بغير أمره وضمن المال فالصلح فيه جائز لان الحاصل للمدعى عليه ليس الا البراءة وفى مثله يستوى المدعى عليه والاجنبى لانه لا يسلم للمدعى عليه شئ كما لا يسلم للاجنبى ومع ذلك جاز اشتراط بدل الصلح على نفسه فكذا الاجنبى والمقصود من هذا الصلح رضا صاحب الحق لا رضا المدعى عليه اذ لا حظ له فيه لان الوضع مفروض فيما لم يحمل على المعاوضة كدعوى القصاص واخواته على ما بيناه آنفا والمدعى ينفرد

بهذه الامور غير انه لم يرض بسقوط حقه مجانا فاذا سلم له العوض من جهة المتبرع صح ولزم لتمام رضاه والا توقف على اجازة المدعى عليه وسلامته تكون بالضمان لانه ان لم يلزمه بالعقد لكونه سفيرا فيه يلزمه بالضمان لولايته على نفسه فتم رضاه به وكذا بالاضافة الى نفسه بأن يقول صالحتك على ألفي هذه أو على عبدي هذا الان الاضافة الى نفسه التزام منه للتسليم الى المدعى وهو قادر على ذلك فيجب عليه تسليمه فصار كالو ضمن فيصح لتمام رضاه به والمعرف المشار اليه بأن قال صالحتك على هذا العبد أو على هذا الالف كالمضاف الى نفسه لانه تعين للتسليم اليه بشرطه فيتم به الصلح وكذا بتسليم العوض اليه بأن عقد المتبرع عقد الصلح بأن قال صالحتك على ألف ولم يضمن ولم يضفه الى نفسه ولكنه سلم اليه العوض المشروط لانه بالتسليم حقيقة تم رضاه فصار فوق الضمان والاضافة الى نفسه فاذا حصل له العوض في هذه المواضع الثلاثة تم رضاه به وبرئ المصالح عنه ولم يحصل للصالح شئ لانه سفير ومعبر بخلاف ما اذا صالح عن عين في يد المدعى عليه وهو مقر به انه للمدعي حيث يملك المتبرع العين لانه معاوضة من كل وجه فيكون مشتريا لنفسه من مالكه فيملكه اذ الشراء لا يتوقف اذا وجد نفاذا بل ينفذ عليه ولو استحق العوض في الوجوه التي تقدمت أو وجده زيوفا أو ستوقا لا يرجع على المصالح لانه متبرع التزم تسليم شئ معين ولم يلتزم الايفاء من غيره فلا يلزمه شئ آخر لم يلتزمه اذ ليس على المحسنين من سبيل ولكن يرجع بالدعوى لانه لم يرض بترك حقه مجانا الا في صورة الضمان فانه يرجع على المصالح لانه التزمه بالضمان فصار دينا في ذمته ولهذا لو امتنع من التسليم يجبر عليه بخلاف غيرها من الصور والرابع أن يصالحه على ألف ولم يضمن ولم يضف العوض الى نفسه بأن قال صالحتك على ألف فالحكم فيه أن يكون موقوفا ان سلم المدعى عوضا فلم يستحق حقه مجانا لعدم رضاه به فان أجاز المدعى عليه جاز ولزمه المشروط لالتزامه باختياره وان رده بطل لان المصالح لا ولاية له على المطلوب فلا ينفذ عليه تصرفه والخلع في جميع ما ذكرنا من الاحكام كالصلح وجعل في بعض شروح الجامع في باب الخلع الالف المشار اليها والعبد المشار اليه مثل الالف المنكر حتى جعل القبول الى المرأة والله أعلم

﴿ باب الصلح في الدين ﴾

قال رحمه الله (الصلح عما استحق بعقد المداينة أخذ لبعض حقه واسقاط للباقي لا معاوضة) هكذا ذكر في نسخ هذا المختصر بقوله عما استحق وهذا سهو لانه اذا صالح عن الدين لا يكون جميع صوره استيفاء لبعض حقه واسقاطا للباقي وانما يكون كذلك أن لو وقع الصلح عن الدين على بعض الدين ألا ترى أنه لو وقع من الدين بجنس آخر يحمل على المعاوضة والصواب أن يقال الصلح على ما استحق بعقد المداينة الخ فانه يكون أصلا جيدا لا يرد عليه نقض وهكذا ذكر القدوري رحمه الله في مختصره بقوله وكل شئ وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة وانما يحمل على أنه استوفى بعض حقه وأسقط باقيه وذكر بعضهم أن الاحسان متى وجد من أحد الجانبين يكون تبرعا وان وجد من الجانبين يكون معاوضة وانما لا يحمل على المعاوضة اذا وقع على بعض الدين لان في حمله عليها فساد العقد للربا وفي حمله على أنه استوفى بعض حقه وأسقط الباقي جوازه فكان أولى حملا لامور المسلمين على الصحة ما أمكن وظاهر حاله يدل على ذلك لانه يطلب الصحة دون الفساد اذ عقله ودينه يمنعانه عن ارتكاب محظور دينه قال رحمه الله (فلو صالح عن ألف على نصفه أو على ألف مؤجل جاز) لانه يجعل مستوفيا لنصف حقه ومسقطا للنصف في الاولى وفي الثانية يجعل كأنه أجل نصف الحق تحريا للجواز ولو حمل على المعاوضة فسد لان بيع الدراهم بالدراهم لا يجوز الا مثلا بمثل يدا بيد فلا يصار اليه وكذا لو صالحه عن الالف على خمسمائة مؤجلة جاز كأنه أبرأه عن النصف وأخر النصف وعلى هذا لو صالح عن ألف جياد على خمسمائة زيوف حالة أو مؤجلة جاز فيجعل مسقطا للقدر والصفة ومستوفيا لبعض حقه أو مؤخرا

(قوله ولم يجعل للصالح شئ) أي من المدعى أي لا يصير الدين المدعى به ملكا للصالح اه

﴿ باب الصلح في الدين ﴾

قال الكاكي رحمه الله لما ذكر حكم الصلح على العموم ذكر في هذا الباب حكمه عن دعوى خاص وهو دعوى الدين اذا خصوص بعد العموم اه وقال الاتقاني لما ذكر الصلح مطلقا في عموم الدعاوي ذكر هنا الصلح في الدين لانه صلح مقيد والمقيد بعد المطلق لان القيد وصف زائد في الذات اه فتأمل في أولى العبارتين اه (قوله في المتن أو على ألف مؤجل) يعني لو صالح الطالب عن ألف درهم حالة على المطلوب على ألف درهم مؤجلة جاز وذلك لما قلنا أن أمور المسلمين محمولة على الصحة فلو حملنا ذلك على المعاوضة يلزم بيع الدراهم بالدراهم نساء وذلك لا يجوز لانه بيع الدين بالدين لان الدراهم الحالة والدراهم المؤجلة ثابتة في الذمة والدين بالدين لا يجوز لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الكالئ بالكالئ فلما لم يمكن حمله على المعاوضة حملناه على التأخير تصحيحا للتصرف لان ذلك جائز كونه تصرفا في حق نفسه لا في حق غيره اه اتقاني

(قوله لان من استحق الجياد استحق الزيوف) قال الاتقانى رحمه الله لان المستحق للجياد مستحق لما دونها ألا ترى أنه لو أخذ السود من مال غريمه بدون رضاه جاز ولم يجبر على الرد ولو أخذ البيض مكان السود بدون أمره لم يجز ويجبر على الرد اه (قوله وكذا لو كان له ألف مؤجلة فصالحه على خمسمائة حالة لا يجوز) هذه المسئلة تأتى فى المتن بعد أسطر اه (قوله لانه لا يستحق الحال) أى بعقد المداينة كان حقه فى المؤجل اه اتقانى (قوله فيكون مبادلة بالضرورة الخ) وبيع خمسمائة بألف لا يجوز لانه ربا أو نقول انه اعتياض عن الاجل وانه باطل لان تعجيل الخمسمائة التى كانت مؤجلة فى الاصل تكون بمقابلة الخمسمائة المحطوطة المؤجلة فيكون اعتياضا عن الاجل قال الحسن بن زياد فى كتاب المجرد أخبرنا أبو حنيفة عن زياد بن مسرة عن أبيه قال كان لرجل على رجل مال الى أجل فسألنى أن أعجل ويضع عنى بعضه فذكرت ذلك لابن عمر فنهانى وكان أبو حنيفة يأخذ بهذا الحديث وقال شيخ الاسلام الاسبيجابى فى شرح الكافى ولو كان له عليه ألف درهم الى أجل فصالحه منها على خمسمائة درهم ودفعها اليه لم يجز وعلى قياس قول أبى يوسف ينبغى أن يجوز لانه احسان فى القضاء بالتعجيل واحسان من صاحب الدين فى الاقتضاء بخط بعض حققه لكنا نقول هذا احسن اذا لم يكن أحدهما مشروطا فى الآخر فاذا شرط أحدهما فى مقابلة الآخر دخل فيه معاوضة فاسدة فكان فاسدا وروى أن رجلا سأل ابن عمر عن ذلك فنهاه ثم سأله فنهاه ثم سأله فقال ان هذا يريد أن أطعمه الربا وعن الشعبى مثل ذلك وعن ابراهيم أنه قال لا بأس بذلك انما هو حط بعضه عنه وأبو يوسف أخذ بقوله الى هنا لفظ شرح الكافى اه اتقانى رحمه الله (قوله أو عن ألف مؤجل) هذه المسئلة قد تقدمت بسطر فى كلام الشارح فانظر الى ما قبل هذه القولة نقلا عن الاتقانى رحمه الله فيما فانه مفيد اه (قوله أو سود) قالوا المراد من الدراهم السود هى الدراهم المضروبة من النقود السوداء اه اتقانى (قوله فأخذها بطريق المعاوضة الخ) فيكون معاوضة الالف بخمسمائة وزيادة وصف فكان ربا على قدر الدين اه (قوله ولو كان عليه ألف درهم الخ) قال فى الهداية ولو كان عليه ألف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم حالة أو الى شهر صح الصلح قال الاتقانى ذكره تفريعا على مسئلة القدورى وذلك لان المائة لما كانت مستحقة بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة فحمل على أنه أسقط حقه فى الدنانير أصلا وأسقط حقه فى الدراهم الامائة واذا كان كذلك جاز التأجيل فى المائة لانها ليست بعوض بل هى نفس ما كانت فى الذمة قال فى شرح الكافى وان كان لرجل على رجل مائة درهم ومائة دينار فصالحه من ذلك على خمسين درهما وعشرة دنانير الى شهر جاز لانه حط بعض حقه قدرا وبعضه وصفا وقد ذكرنا أن الحط لا يقف على استيفاء ما بقى وكذلك لو صالح من ذلك على خمسين درهما الى أجل أو حال لانه حط أحد حقيه أصلا والآخر بعض حقه والاصل فى جنس هذه المسائل أن ما دار بين أن يكون استيفاء وصرفا يجعل استيفاء لانه دون الصرف لان الصرف عقد مبتدأ له أحكام مبتدأة والاستيفاء متمم لما يقتضيه العقد فكان حمل التصرف عند التردد عليه أولى اه

لان من استحق الجياد يستحق الزيوف ولهذا لو تجوز به فى الصرف والسلم جاز ولو لم يستحقه بالعقد لما جاز لان المبادلة برأس مال السلم وبدل الصرف لا تجوز بخلاف عكسه وهو ما اذا كان له ألف زيوف وصالحه على خمسمائة جياد حيث لا يجوز لانه لا يمكن حمله على أنه استوفى بعض حقه وأسقط الباقى لانه لا يستحق الجياد فيكون معاوضة ضرورة فلا يجوز التفاضل فيها لان جيدها ورديئها سواء على ما عرف فى موضعه وكذا لو كان له ألف مؤجلة فصالحه على خمسمائة حالة لا يجوز لانه لا يستحق الحال فلا يمكن حمله على انه أخذ عين حقه فيكون مبادلة بالضرورة فلا يجوز الا مثلا بمثل لما ذكرنا قال رحمه الله (وعلى دنانير مؤجلة أو عن ألف مؤجل أو سود على نصف حال أو بيض لا) يعنى لو صالحه عن ألف درهم على دنانير مؤجلة أو عن ألف مؤجل على خمسمائة حالة أو عن ألف سود على خمسمائة بيض لا يجوز لان من له الدراهم لا يستحق الدنانير فكان معاوضة وهو صرف فلا يجوز تأجيله ومن له دين مؤجل لا يستحق الحال وكذا من له دراهم سود لا يستحق البيض لانها أجود على ما بينا فيكون أخذها بطريق المعاوضة لا بطريق الاستيفاء وشرط صحة المعاوضة فى الجنس المتحد القدر المساواة ولم توجد فلهذا بطل الصلح حتى لو صالحه على ألف حالة عن الالف المؤجلة أو صالحه على ألف بيض عن الالف السود جاز بشرط قبضه فى المجلس لوجود المساواة فى القدر وهو المعتبر فى الصرف دون المساواة فى الصفة ولو كان عليه ألف فصالحه على طعام موصوف فى الذمة مؤجل لم يجز لانه يكون افتراقا عن دين بدين فلا يجوز ولو كان عليه ألف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم جاز سواء كانت حالة أو مؤجلة لانه يجعل اسقاطا للدنانير كلها وللدراهم الامائة وتأجيلا للمائة التى بقيت فلا يحمل على المعاوضة لان فيه فساده ولان جهة الاسقاط أرجح لان الصلح مبنى على الاغماض ولهذا جاز عن المجهول والاصل فى جنس هذه المسائل أنه متى كان الذى وقع عليه الصلح أدون من حقه قدرا ووصفا ووقتا أو فى أحدهما فهو اسقاط للبعض واستيفاء للباقى لانه استوفى دون حقه وان كان أزيد منه بمعنى انه دخل فيه ما لا يستحقه من وصف أو ما هو بمعنى الوصف كتعجيل المؤجل ومن اختلاف جنس فهو معاوضة لتعذر جعله استيفاء فى غير المستحق فيشترط فيه شروط

(قوله في المتن ومن له على آخر ألف فقال أدّ غدا الخ) قال الاتقاني وصورتها في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل يكون له على رجل ألف درهم حالة فقال له ادفع الي غدا منها خمسمائة على أنك بريء من الفضل فان لم يدفع اليه الخمسمائة غدا عادت الالف عليه في قول أبي حنيفة ومحمد ولا تعود عليه في قول يعقوب الى هنا لفظ محمد في أصل الجامع الصغير وقال محمد في الاصل اذا كان لرجل على رجل ألف درهم فقال له أصالحك على أن أحط عنك خمسمائة درهم على أن تعطيني اليوم خمسمائة فصالحه على ذلك فان أبا حنيفة ومحمدا قالا في ذلك ان أعطاه يومئذ خمسمائة جاز الصلح وان مضى ذلك اليوم قبل أن يعطيه انتقض الصلح وبطل وكانت الالف عليه على حالها وقال أبو يوسف عليه خمسمائة وهو بريء من الخمسمائة الاخرى الى هنا لفظ محمد في الاصل (قوله وقال أبو يوسف يبرأ الخ) وجه قول أبي يوسف أن الابراء حصل مطلقا فتثبت البراءة مطلقا أعطى أو لم يعط فصار كما اذا بدأ بذكر الابراء وهذا لان الكلام خارج مخرج المطالبة لا مخرج العوض لان كلمة على وان كانت للمعاوضة لا يصلح أداء الخمسمائة عوضا لان أداء ذلك واجب عليه بقضية السبب السابق وحقيقة المعاوضة انما تكون اذا استفاد كل واحد منهما شيأ لم يكن استفاده من قبل وانما استفاده باستحقاق طارئ فلما لم يصلح أداء ذلك عوضا صار ذكره وعدمه بمنزلة فبقي ابراء مطلقا فلم يتقيد الابراء بشرط (٤٣) سلامة العوض وجه قولهما أن هذا ابراء بشرط مرغوب فيه فيكون ابراء مقيدا بشرط سلامته كما اذا أبرأه على شرط سماه أو قيد الابراء بشرط الكفالة أو الرهن كما لو قال أبرأتك عن الخمسمائة بشرط أن تعطيني بالباقي اليوم كفيلا أو رهنا فمضى اليوم ولم يعط عاد الالف عليه كما هنا وكالحوالة لما كانت براءة المحيل مقيدة بشرط سلامة الدين من ذمة المحتال عليه فاذا فات هذا الشرط بموت المحتال عليه مفلسا عاد الدين الى ذمة المحيل وانما قلنا ذلك لانه قد يكون ماله على انسان مقصر في الاداء فيريد أن يشرط الحط عن بعض بشرط التعجيل في مقابلته حتى يكون ذلك حاملا له على التأجيل وهذا متعارف بين الناس فصار الابراء مقابلا بالتعجيل فتقف سلامته على سلامة ذلك فصار كما لو شرطا شرطا آخر ولان كلمة على وان كانت للمعاوضة حملت على معنى الشرط لان معنى المعاوضة لا يصح هنا لما قلنا فحملت على الشرط لان فيه معنى المعاوضة لان في المعاوضة مقابلة أحد العوضين بالآخر والشرط أيضا يقابل الجزاء فصار الشرط كالمذكور فكأنه قال ان لم تنقد فلا صلح فاذا لم ينقد بطل الصلح اه اتقاني (قوله ولهما أن كلمة على تكون للشرط) قال تعالى يبايعنك على أن لا يشركن بالله شيأ اه (قوله جاز تقييد الابراء به لانه يحتمل التقييد به) رأيت بخط قارئ الهداية هنا حاشية نصها الفرق بين التقييد والتعليق أن في التقييد لا يستعمل لفظ الشرط صريحا ولهذا لو قال ان أديت أو متى أديت أو اذا أديت لم يصح التقييد وفي التعليق يستعمل لفظ الشرط صريحا هذا من حيث اللفظ والفرق من حيث المعنى أن في تقييد الابراء بالشرط يحصل الابراء في الحال بشرط وجود ما قيد به وفي التعليق لا يحصل في الحال لان المعلق بالشرط معدوم قبله فكان التقييد بمنزلة الاضافة الى وقت وبيانه مستقصى في أصول شمس الائمة السرخسي ثم في مسئلتنا لم يستعمل صريح لفظ الشرط ولكن فيه معنى الشرط فلذا سميناه تقييدا لا تعليقا اه (قوله حذار افلاسه) يجوز أن يقع المفعول له معرفة كما في قولك خرجت مخافة الشر وقوله حذار افلاسه من هذا القبيل اه غاية

شروط المعاوضة وانما كان تعجيل المؤجل كالوصف لان المعجل خير من المؤجل ولهذا ينقص الثمن لاجله فيكون الحط بمقابلة الاجل فيكون ربا فلا يجوز الا اذا صالح المولى مكاتبه عن ألف مؤجلة على خمسمائة حالة فانه يجوز لان معنى الارفاق فيما بينهما أظهر من معنى المعاوضة فلا يكون هذا مقابلة الاجل ببعض المال ولكنه ارفاق من المولى بحط بعض البدل وهو مندوب اليه في الشرع ومساهلة من المكاتب فيما بقي قبل حلول الاجل ليتوصل به الى شرف الحرية وهو أيضا مندوب اليه في الشرع قال رحمه الله (ومن له على آخر ألف فقال أدّ غدا نصفه على أنك بريء من الفضل ففعل برئ والا لا) أي ان لم يؤدّ غدا النصف وهو خمسمائة لا يبرأ وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يبرأ وان لم يؤدّ ولا تعود اليه خمس المائة الساقطة أبدا لان اشتراط الاداء ضائع لان النقد واجب عليه في كل زمان يطالبه هو فيه اذ المال عليه حال فبطل التعليق وصار ابراء مطلقا وهذا لانه جعل اداء خمس المائة عوضا لان كلمة على للمعاوضة والاداء لا يصلح عوضا لانه واجب عليه قبل الصلح وهو لم يذكر للابراء عوضا سواه والعوض هو المستفاد بالعقد ولم يستفد شيأ فصار وجوده كعدمه فحصل الابراء مطلقا كما اذا بدأ بالابراء بأن قال أبرأتك من خمسمائة من الالف على أن تعطيني خمسمائة غدا بخلاف ما اذا قال فان لم تنقد غدا فلا صلح بيننا لانه مقيد وهو تعليق الفسخ بعدم النقد فانه بمنزلة خيار الشرط ولهذا جاز في البيع أيضا على ما مر ذكره ولهما أن كلمة على تكون للشرط كما تكون للمعاوضة فتحمل عليه عند تعذر حملها على المعاوضة لما ذكر تصحيحا لتصرفه فاذا كان للشرط جاز تقييد الابراء به لانه يحتمل التقييد به وان لم يحتمل التعليق به كما في الحوالة فان الاصيل يبرأ بقيد على صفة وهو سلامة العوض له من المحال عليه فصار كما اذا أبرأه عن البعض بشرط أن يعطيه كفيلا بالباقي أو رهنا فاذا احتمل ذلك وجب حمله عليه لان للناس غرضا فيه حذار افلاسه أو توسلا الى تجارة أربح منه بخلاف ما اذا قدم الابراء لانه برئ بالبداءة فلا يعود الدين

(قوله ثم هذه المسئلة على وجوه الخ) قال الاتقانى وأما الوجه الذى لا يبرأ اذا لم يؤد ويكون المال عليه وهو الوجه الثانى فهو أن يقول أبرأتك عن خمسمائة على أن تنقدنى غدا خمسمائة فان لم تنقدنى غدا فالالف على حالها فمضى الغد ولم يعطه فالالف عليه بالاتفاق لانه علق لزوم الابراء بشرط ايفاء الباقى قال عليه الصلاة والسلام المسلمون عند شروطهم والابراء يجوز أن يتوقف لزومه على شرط مرغوب عرفنا ذلك بآخر كلامه وهو قوله فان لم تنقدنى غدا فالالف عليك وهذا لان الابراء فيه معنى التمليك ولهذا يرتد بالرد فجاز أن يقف لزومه على الشرط اه (قوله فحكمه أنه يبرأ مطلقا) أى بالاجماع اه اتقانى (قوله اذ لم يؤقت له وقتا) أى لانه اذا لم يؤقت له وقتا يكون وقته العمر فلا تنقض البراءة بعدم الدفع اه اتقانى (قوله أو متى أديت) قال قاضيخان فى شرح الجامع الصغير ولو قال للغريم أو للكفيل اذا أديت الى خمسمائة أو متى أديت أو ان أديت أو ان دفعت الى خمسمائة فانت برئ عن الباقى فهذا كله باطل ولا يبرأ عن الباقى وان أدى اليه خمسمائة سواء ذكر لفظ الصلح أو لم يذكر لانه علق البراءة بالشرط صريحا فتبطل كما لو قال ان دخلت الدار فقد أبرأتك بخلاف ما تقدم لانه ما صرح بالتعليق وان كان فيه معنى التعليق وحقيقة الفرق بينهما أن البراءة اسقاط حتى لا يتوقف على القبول ويرتد بالرد لما فيه من معنى التمليك وتعليق التمليك بالشرط باطل كتعليق (٤٤) البيع وتعليق الاسقاط جائز كتعليق الطلاق والعتاق فاعتبرنا شبهة التمليك وقلنا بأنه اذا صرح بالتعليق لا يصح واعتبرنا شبه الاسقاط وقلنا بالصحة اذا لم يصرح وكذلك اذا قال للكفيل وفيه نوع اشكال لان ابراء الكفيل اسقاط محض ولهذا لا يرتد فينبغى أن يصح تعليقه بالشرط الا أن ابراء الكفيل كابراء الاصيل من حيث انه لا يحلف به كما يحلف بالطلاق فيصح تعليقه بشرط متعارف ولا يصح تعليقه بما ليس بمتعارف ولهذا قلنا انه اذا كفل بمال عن رجل وكفل بنفس المكفول عنه أيضا على أنه ان وافى بنفسه غدا فهو برئ من الكفالة بالمال فوافى بنفسه برئ من المال وان علق البراءة بالايفاء لان هذا تعليق بشرط متعارف فصح اه اتقانى (قوله فحكمه أنه لا يصح) أى الابراء اه البينة اتقانى (قوله لما فيها من معنى التمليك) أى تعليق التمليكات بالاخطار باطل اه اتقانى (قوله ففعل صح) أى أخر رب الدين أو حط بعض الدين بأن أبرأ المديون عن بعض الدين اه اتقانى وكتب على قوله صح ما نصه حتى لا يتمكن من مطالبته فى الحال ولا مطالبة ما حط عنه وعند الشافعى وأحمد يتمكن لان الدين الحال لا يتأجل بتأجيل صاحبه اه من خط قارئ الهداية وكتب أيضا ما نصه قال الاتقانى ولا يقال انه مكره فى فعل التأخير والحط لانه لو لم يفعل ذلك كان لا يقر لانا لا نسلم الاكراه لان الاكراه انما يكون بالعقوبة والحبس ولم يوجد غاية ما فى الباب أنه لو لم يفعل لا يقر ولا يلزم من ذلك عدم الجواز لان الصلح على الانكار أجوز ما يكون لان الصلح انما يكون عند المنازعة وهى عند الانكار لا الاقرار اه وكتب أيضا ما نصه فى الهداية ومعنى المسئلة أن يقول ذلك سرا أما اذا قال علانية يؤخذ به اه أى يؤخذ المقر بالمال فى الحال بلا خلاف لانه اقرار منه بالحق اه ﴿فرع﴾ قال الاتقانى رحمه الله ونختم الفصل بمسئلة ذكرها فى شرح الكافى فى باب الصلح فى الدين قال ولو كان لرجل على رجل دراهم لا يعرفان وزنها فصالحه منها على ثوب أو غيره فهو جائز لان جهالة المصالح عنه لا تمنع صحة الصلح وان صالحه على دراهم فهو فاسد فى القياس لانه يحتمل أن بدل الصلح أكثر منه لكنى أستحسن أن أجيزه لان الظاهر أنه كان أقل مما عليه لان مبنى الصلح على الحط والاغماض فكان تقديرهما بدل الصلح بشئ دلالة ظاهرة انهما عرفاه أقل مما عليه وان كانا

بالشك وفيما نحن فيه لم يبرأ فى أوله وآخره معلق بشرط فلا يسقط الدين بالشك وهذا لان كلمة على محتملة فعلى تقدير أن تكون للشرط لا يبرأ مطلقا وانما يبرأ بالاداء وعلى تقدير أن تكون للعوض يبرأ مطلقا فلا يبرأ بالشك والاحتمال ثم هذه المسئلة على وجوه أحدها ما ذكرنا والثانى أن يصرح بالتقييد بأن يقول صالحتك عن الالف على خمسمائة تدفعها الى غدا وأنت برئ من الزيادة على أنك ان لم تدفعها الى غدا فلا تبرأ من الباقى فيكون الامر كما قال لانه صرح بما يحتمله اللفظ فلا يزاحمه غيره والثالث اذا قال أبرأتك من خمسمائة من الالف على أن تعطينى خمسمائة غدا فحكمه أنه يبرأ مطلقا أدى خمس المائة فى الغد أو لم يؤد لان البراءة قد حصلت بالاطلاق أولا فلا تتغير بما يوجب الشك فى آخره على ما ذكرنا الفرق بين هذه المسئلة والاولى والرابع أن يقول أدانى خمسمائة على أنك برئ من باقيه ولم يؤقت للاداء وقتا فحكمه أنه يبرأ مطلقا لان ابراء مطلق اذا لم يؤقت له وقتا وليس له غرض صحيح لان الاداء واجب عليه فى مطلق الزمان فلا يحمل على التقييد ويحمل على المعاوضة وهو لا يصلح عوضا لان العوض اسم لما استفيد بالعقد والاداء واجب قبله فلغا بخلاف المسئلة الاولى لان الاداء فيها مقيد بعدم الاداء وهو غرض صحيح على ما بينا فيتقيد به والخامس اذا قال ان أديت الى خمسمائة أو اذا أديت أو متى أديت فحكمه أنه لا يصح لانه تعليق بالشرط صريحا والبراءة لا تحتمل التعليق بالشرط لما فيها من معنى التمليك لانه علك ما فى ذمته ولهذا يرتد بالرد بخلاف الطلاق والعتاق لانه اسقاط فيجوز تعليقه بالشرط وبخلاف ما تقدم من أنواع هذه المسئلة لانه لم يعلقها فيها بصريح الشرط وانما أتى بالتقييد فصار كالمضاف الى وقت بل هو مضاف الى الوقت فلا ينافى كونه سببا فى الحال فلا يكون معلقا بالخطر من كل وجه قال رحمه الله (ومن قال لآخر لا أقرلك بمالك حتى تؤخره عنى أو تحط) يعنى بعضه (ففعل صح عليه) لانه ليس بمكره لتمكنه من اقامة

البينة

لا يعرفان قدر ما عليه في نفسه اه ﴿فصل﴾ هذا الفصل في الدين المشترك قال الاتقاني لما ذكر مطلق الدين شرع في الدين المشترك لان الاشتراك عارض والاصل عدم العارض اه وقال بعض الشارحين لما ذكر حكم الدين المفرد شرع في الدين المشترك لان الاثنين بعد الواحد اه (قوله كما في فصل الشراء) أي الآتي في المتن وهو قوله ولو اشترى بنصيبه شيأ ضمنه ربع الدين اه (قوله لكن الصلح مبني على الحط) ولهذا لا يملك أن يبيعه مرابحة كذا بخط قارئ الهداية اه (قوله والاقتضاء لنفس الدين) في نسخة والاقتضاء لنصف الدين اه (قوله لما أن قسمة الدين قبل القبض لا تتصور) سيأتي في كلام الشارح قريبا من هذا الحمل التعليل لعدم جواز قسمة الدين قبل القبض اه قال الاتقاني وقسمة الدين حال كونه في الذمة لا تجوز والدليل على ذلك هو ان القسمة تمييز الحقوق وذلك لا يتأتى فيما في الذمة ولانهما لو اقتسما الاعيان من غير تمييز لم يصح لعدم التمييز ألا ترى أن صبرة طعام بين شريكين لو قال أحدهما لآخر خذ منها هذا الجانب لك وهذا الجانب لي لم يصح لعدم التمييز وكذلك القسمة فيما في الذمة لما لم يتميز ولان القسمة فيها بمعنى التمليك لان كل واحد من المقتسمين يأخذ نصف حقه ويأخذ الباقي عوضا عما له في يد الآخر وتمليك الدين لغير من في ذمته لا يجوز فاذا ثبت هذا كان المقبوض من الحقين جميعا فكان لشريكه أن يأخذ نصف المقبوض بعينه وان كان أجود منه فان (٤٥) الجودة لا يعتبر بها في الجنس الواحد ألا ترى أن من عليه الدين اذا أدى أجود منه أجبر صاحب الدين على قبضه وصار كأنه قبض نفس حقه فلزمه أن يعطيه نصفه وان كان المقبوض أردأ منه فلم يسلم له من دينه الا هذا القدر فلم يلزمه ضمان غيره واذا ثبت هذا جئنا الى مسئلة الكتاب فقلنا اذا صالح أحدهما عن نصيبه على ثوب فشريكه بالخيار ان شاء اتبع الذي عليه الدين بنصفه لان الدين ثابت في ذمته فكان له أن يرجع عليه بنصفه كما لو اشترى شريكه بنصيبه ثوبا وان شاء أخذ نصف الثوب من الشريك لان الصلح وقع عن

البينة أو التحليف فيشكل وهو نظير الصلح مع الانكار لان كل واحد منهما لا يمنا في الطوع والاختيار في تصرفه أقصى ما في الباب أنه مضطر لكن الاضطرار لا يمنع من نفوذ تصرفه كبيع مال بالطعام عند المخمصة

﴿فصل﴾ قال رحمه الله (دين بينهما صالح أحدهما عن نصيبه على ثوب لشريكه أن يتبع المديون بنصفه أو يأخذ نصف الثوب من شريكه الا أن يضمن ربع الدين) يعني الا أن يضمن المصالح لشريكه ربع الدين لان أحد الشريكين لا يختص بالمقبوض من الدين اذ لا تجوز قسمته قبل القبض والمقبوض خير من الدين فقضيته أن يضمنه ربع الدين ولا يكون له سبيل على الثوب كما في فصل الشراء لان ثم أخذ عوضه لكن الصلح مبني على الحط فلو ألزمناه ربع الدين لتضرر المصالح لانه قد لا يبلغ قيمة الثوب كل ربع الدين فأثبتنا له الخيار بين أن يرجع على المديون بنصيبه وبين أن يأخذ نصف ما وقع عليه الصلح واذا رجع على المصالح أثبتنا للصالح الخيار أيضا بين أن يدفع نصف ما وقع عليه الصلح أو ربع الدين دفعا للضرر عنهما بقدر الامكان بخلاف فصل الشراء والاقتضاء لنفس الدين لان الشراء مبني على المماكسة فالظاهر أنه استوفى قدر حقه بل أكثر فلا ضرر عليه بالرجوع بربع الدين وفي فصل الاقتضاء قد قبض نصف الحق وهو مشترك بينهما لما أن قسمة الدين قبل القبض لا تتصور لانه معنى في الذمة فيأخذ حصته منه اذ لا ضرر عليه فيه فجعلنا المقبوض كأنه عين حقه وان كان غيره حقيقة ولهذا يملك القابض وانما يملكه بالقبض لان المقبوض عين والعين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه فيملكه حتى ينفذ تصرفه فيه ثم يضمن لشريكه حصته لما ذكرنا والدين المشترك أن يكون واجبا بسبب متحد كثمن المبيع بأن كان لكل واحد منهما عين على حدة أو كان لهما عين واحدة مشتركة بينهما وباعا الكل صفقة واحدة من غير تفصيل ثمن نصيب كل واحد منهما أو قيمة العين المشتركة المستهلكة أو بدل القرض من

نصف الدين وهو شائع بدليل ما بينا ان قسمة الدين حال كونه في الذمة لا تصح وحق الشريك متعلق بكل جزء من الدين فصار عرض الثوب نصفه من حقه فوقف على اجازته وأخذه للنصف دلالة على اجازة العقد فصح ذلك وجاز فان ضمن له شريكه ربع الدين لم يكن له على الثوب سبيل لان حقه في الدين كذا في شرح الاقطع اه (قوله وباعا الكل صفقة واحدة) قال الكاكي رحمه الله ولا بد من قيد آخر وهو أن يزاد على هذا ويقال اذا كان صفقة واحدة بشرط أن يتساويا في قدر الثمن وصفته لانهما لو باعا صفقة ونصيب أحدهما أكثر ثم قبض أحدهما شيأ لم يكن للآخر أن يشاركه حتى يستوفي الزيادة وكذلك لو كان نصيب أحدهما دراهم (١) نقية ونصيب الآخر سودا فقبض السود لم يكن للآخر أن يشاركه ذكره في المبسوط اه وكتب على قوله صفقة واحدة ما نصه واحترز بالصفقة الواحدة عن الصفقتين حيث لا يكون للشريك الساكت المشاركة ألا ترى الى ما قال في شرح الكافي في عبدين رجلين باع أحدهما نصيبه من رجل بخمسمائة درهم وباع الآخر نصيبه من ذلك الرجل بخمسمائة وكتبا عليه صكا واحدا بألف درهم وقبض أحدهما منه شيأ لم يكن للآخر أن يشاركه لانه لا شركة لهما في الدين لان كل دين وجب بسبب على حدة اه غاية (قوله أو قيمة العين) بالجر عطفا على ثمن من قوله كثمن المبيع اه

(١) قوله نقية كذا في أصل الحاشية ولعله محرف عن نقية مقررا اه مصححه

(قوله ثم المصنف) قال الاتقانى وانما وضع المسئلة فى الدين بين شريكين لانه اذا ادعى اثنان فى دار فصالح أحدهما من نصيبه من الدار على مال لم يشركه الآخر لانرى الى ماذكرنا لحاكم الشهيد فى باب الصلح فى الغصب من مختصر الكافى ولو أن رجلين ادعيا فى دار دعوى ميراث عن أبيهما فصالح رب الدار أحدهما على مال لم يشركه الآخر فيه ان كان مقرا أو منكرا وكذلك العروض لان فى زعمهما أنه باع نصيبه فى الميراث وقال الحاكم أيضا فى باب الصلح فى العقار ولو أن رجلين ادعيا فى يد رجل دارا وقالا ورثناها عن أبينا وجحد الرجل ثم صالح أحدهما من حصته من هذه الدعوى على مائة درهم وأراد شريكه أن يشركه فى هذه المائة لم يكن له ذلك ولم يكن له أن يأخذ من الدار شيأ الآن بقيم البينة بذلك لما قال شيخ الاسلام فى شرح الكافى بقوله لان فى زعمه أن يبيع نصيبه من الدار المشتركة بينه وبين أخيه ومن باع نصيبه من مال مشترك بينه وبين غيره ليس لشريكه أن يشاركه فى الثمن لان الثمن بدل ملكه لا بدل ملك مشترك قال شيخ الاسلام قال أبو الفضل يعنى الحاكم الشهيد ذكر عن (٤٦) ابراهيم بن رستم أن أبا يوسف قال يشاركه وان محمدا قال لا يشاركه لان المذهب عند أبى يوسف أن الصلح ليس بمعاوضة بل استيفاء لحقه وأجمعوا أن المدعى اذا كان دينا فصالح أحدهما من نصيبه على شريكه لشريكه أن يشاركه لانه استيفاء على قول الكل اه (قوله لكونه معاوضة من كل وجه) أى ان كان عن اقرار ومعاوضة فى زعم المدعى عليه ان كان عن انكار فلا يثبت الشريك حق الشركة اه (قوله أو يبيع الطالب) أى من المديون اه (قوله فى المتن ولو قبض) أى أحد الشريكين اه (قوله فى المتن نصيبه) أى من الدين اه (قوله بخلاف ما اذا اشترى به ثوبا) وهى المسئلة الآتية فى المتن اه (قوله لان التسليم مقيد بشرط سلامة الباقى) قال الاتقانى لانه انما يسلم على رجاء ما فى ذمة الغريم فاذا توى لم يسلم اه (قوله رجع عليه كما فى الحوالة) أى كما اذا مات المحال عليه مفلسا رجع وهنا المحتال له على المحيل اه (قوله فى المتن ولو اشترى بنصيبه شيأ ضمنه الخ) قال الاتقانى وذلك لان أحد رب الدين لما اشترى بنصيبه من الدين من المديون سلعة وجب على ذمته مثل ما وجب فى ذمة المديون فالتقيا قصاصا فصار كأنه قبض نصف الدين فلو استوفى نصف الدين كان لشريكه أن يرجع عليه بحصته من ذلك فكذا هذا اه (قوله ولا ضرر عليه) أى على الشريك المشترى فى ضمان ربع الدين اه (قوله بخلاف الصلح) يعنى أن أحد الشريكين فى الدين اذا اشترى بنصيبه سلعة ليس له الخيار بل يضمن ربع الدين بخلاف ما اذا صالح عن نصيبه على سلعة كالثوب مثلا حيث يكون المصالح بالخيار ان شاء دفع اليه نصف الثوب وان شاء دفع اليه ربع الدين وعند زفر يلزمه أن يؤدى اليه ربع الدين بلا خيار كما لو اشترى لانه صار به قابضا ونحن نفرق بينهما وجه الفرق أن مبنى الصلح على الحطيطة والتجوز بدون الحق وما صار اليه الا لضرورة داعية فاذا ألزمناه رد حصة الساكت يلزم الضرر بخلاف الشراء لان مبناه على المماكسة دون التجوز فلا يلزم الضرر فى الزام رد الحصة اه اتقانى

المال المشترك بينهما أو يكون الدين موروثا بين اثنين ثم المصنف رحمه الله قيده بكون المصالح عنه دينا لانه لو كان الصلح عن عين مشتركة يختص المصالح ببدل الصلح وليس لشريكه أن يشاركه فيه لكونه معاوضة من كل وجه لان المصالح عنه مال حقيقة بخلاف الدين وقيده بكون المصالح عليه ثوبا ومراده خلاف جنس الدين لانه لو صالحه على جنسه يشاركه فيه أو يرجع على المدين وليس للقابض فيه خيار لانه بمنزلة قبض بعض الدين ولا فرق فيما ذكرنا من الحكم بين أن يكون الصلح عن اقرار أو سكوت أو انكار لان المدعيين تصادقان على أن لهما على المدعى عليه دينا وما يأخذه بدل عنه وزعمهما يكون حجة عليهما ولو أراد القابض أن يختص به ولا يرجع عليه شريكه فيما قبض فالحيلة فيه أن يهب الغريم قدر دينه وهو يبرئه عن دينه أو يبيع الطالب كفا من زيب أو نحوه بقدر نصيبه من الدين ثم يبرئه عن الدين ويأخذ من الزيب قال رحمه الله (ولو قبض نصيبه شركه فيه ورجعا بالباقى على الغريم) لان قسمة الدين لا تتصور والمقبوض بدل عنه فله أن يشاركه فيه ان شاء لكونه عين حقه من وجه حتى كان للطالب أن يأخذ منه اذا ظفر به بغير اذن الغريم ويجبر الغريم على القضاء ولا اجبار على المبادلة فاذا كان عين حقه من وجه كان له أن يشاركه فيه بخلاف ما اذا اشترى به ثوبا حيث لا يكون له أن يشاركه فيه لانه مبادلة من كل وجه بل يضمنه ربع الدين ان شاء لانه أتلف عليه نصيبه وان شاء رجع على الغريم لان حقه عليه فى الحقيقة وانما كان له أن يشاركه فى الثوب فى فصل الصلح كيلا يلزم المصالح الضرر وهنا انتفى الضرر لما ذكرنا فيرجع بربع الدين ثم يرجعان على الغريم لاستوائهما فى الاقتضاء ولو سلم له المقبوض واختار متابعة الغريم ثم توى نصيبه بأن مات الغريم مفلسا رجع على القابض بنصف ما قبض لان التسليم مقيد بشرط سلامة الباقى له فاذا لم يسلم له رجع عليه كما فى الحوالة لكن ليس له أن يرجع فى عين تلك الدراهم المقبوضة لان حقه فيها قد سقط بالتسليم فلا يعود حقه فيها بالتوى ويعود الى ذمته فى مثلها قال رحمه الله (ولو اشترى بنصيبه شيأ ضمنه ربع الدين) يعنى ان شاء لانه صار قابضا نصيبه بالمقاصة ولا ضرر عليه لان مبنى البيع على المماكسة بخلاف الصلح على ما بينا ولا يقال قسمة الدين قبل القبض لا تتصور فكيف تتصور المقاصة فيه لانا نقول قسمة الدين قبل القبض تجوز ضمنا وانما لا تجوز قصدا

(قوله قبل وجوب دينهما عليه) قال الاتقاني وصورته ماذكر شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي في باب الصلح في الدين الى أجل قال واذا كان لرجلين على رجل دين ألف درهم من ثمن مبيع فأقر أحدهما أنه كان للمطلوب عليه خمسمائة قبل دينهما فقد برئ المطلوب من حصته ولا شئ للشريك عليه لان في زعمه أنه قضى دين المطلوب عما داينه أو أقرضه ومر قضى دينا عليه من مال مشترك ليس للشريك أن يشاركه ولو اقتضى من دين مشترك كان للشريك أن يشاركه وعما نحن فيه هو قاض لا مقتض لان آخر الدينين يجعل قضاء عن أولهما أما أولهما لا يجعل قضاء لان القضاء لا يسبق الوجوب اه (قوله لانه قضى دينا كان عليه) أي هو مؤد دينه لا مستوف دينه اه (قوله ولو أبرأ أحدهما عن نصيبه) أي أو وهبه له اه اتقاني (قوله فكذلك لا يضمن) أي لانه أسقط حقه والاسقاط لا يسمى استيفاء اه اتقاني (قوله كانت قسمة الباقي بينهما على ما بقي من السهام) أي كما اذا أبرأ أحدهما عن (٤٧) نصف دينه والدين عشرون درهما

وهنا وقعت القسمة في ضمن صحة الشراء أو صحة المصالحة وكم من شئ يصح ضمنا ولا يصح قصدا والغريم أن لا يتبع القابض في الجميع ويرجع على المدين لان القابض قبض حقه الا أن له حق المشاركة فكان له أن يشاركه ولو كان للمطلوب على أحدهما دين قبل وجوب دينهما عليه حتى صار دينه قصاصا به فلا ضمان عليه لانه قضى دينا كان عليه لما عرف أن آخر الدينين قضاء لاولهما وبه لا يجب الضمان وانما يجب بالاقتضاء وكذا المشاركة لا تجب بالقضاء وانما تجب بالاقتضاء ولو أبرأ أحدهما عن نصيبه فكذلك لا يضمن لان الابراء فوق الصلح في التبرع لانه لم يقبض شيأ فاذا لم يضمن في الصلح ففي هذا أولى أن لا يضمن ولو أبرأه عن البعض كانت قسمة الباقي بينهما على ما بقي من السهام لان الحق عاد الى هذا القدر ولو غصب أحدهما عينا من المدين أو اشترى منه شراء فاسدا فهلك عنده فهو قبض لانه بالهلاك وجب للغريم عليه دين فالتقيا قصاصا ودين الغريم آخرهما فيكون قضاء من الغريم واقتضاء من الطالب فيضمن لشريكه والاستئجار بنصيبه كالشراء بنصيبه حتى يضمن ربع الدين لان للمنافع حكم المال وعن محمد رحمه الله أنه اذا أضاف العقد الى الدين لا يرجع عليه لانه اتلاف ولو أحرق أحدهما متاع المطلوب بالنار لا يكون قبضا عند أبي يوسف رحمه الله حتى لا يرجع عليه شريكه لانه لم يحصل في يده شئ بخلاف الغصب ثم الاحراق بالنار حيث يرجع عليه وان أتلفه بالاحراق لان الضمان حصل بالقبض فيستند اليه فيملكه من ذلك الوقت بخلاف ما اذا أحرقه في يد مالكه من غير قبض وعند محمد رحمه الله هو قبض فيرجع عليه لانه بالاحراق وجب عليه الضمان فصار دينا في ذمته فالتقيا قصاصا وقد ذكرنا أن آخر الدينين قضاء للاول فصار مقتضيا فيرجع عليه وتزوج أحدهما بنصيبه بأن كان لهما دين على امرأة فزوجته عليه نفسها أو على مولى الامة فزوجها المولى منه عليه أو على المكاتبة أو على الامة المأذون لها فتزوجها عليه باذن المولى ليس بقبض في ظاهر الرواية حتى لا يرجع عليه شريكه لانه لم يسلم له شئ يمكنه المشاركة فيه فصار كالجناية على نفس المدين وكالابراء وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يرجع عليه لوجود القبض بطريق المقاصة على ما بينا والصحيح الاول لانه اتلاف ولان النكاح يتعلق بعين الدين عند الاضافة اليه فيملكه بعينه ثم يسقط عن ذمتها كالهبة بخلاف ما اذا لم يضف العقد اليه بأن مهر دراهم مطلقة فوقع التقاص بنصيبه حيث يرجع عليه شريكه بالاجماع لانها تملكه وانما ملكت غيره فالتقيا قصاصا والصلح عليه عن جناية العمد ليس بقبض لانه لم يملك شيأ قابلا للشركة مقابلته ولو أخر أحدهما نصيبه لم يجز عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف يجوز ومحمد معه في رواية ومع أبي حنيفة في أخرى

يكون للبري المطالبة بخمسة دراهم ولما كتب بعشرة دراهم اه غاية (قوله والاستئجار بنصيبه كالشراء بنصيبه) أي حتى لا يرجع عليه شريكه عند هم لحصول القبض بالمقاصة في المبسوط استأجر بنصيبه دارا من الغريم وسكنها يرجع الشريك عليه بنصف نصيبه وروى ابن سماعة عن محمد هذا اذا استأجر بخمسمائة مطلقا أما اذا استأجر بحصته من الدين لا يرجع الآخر عليه بشئ وجعل هذا بمنزلة النكاح لان المنفعة ليست بمال مطلقا فاذا كان كذلك يكون بدل نصيبه المنفعة فلا يضمن باعتباره مالا لشريكه اه معراج الدراية (قوله حيث يرجع عليه) قيل المسئلة اختلف فيها اذا رمى النار على ثوب المدين فأحرقه أما اذا أخذ الثوب فأحرقه فالساكت يتبع المحرق بالاجماع اه قارئ الهداية (قوله يمكنه المشاركة فيه) أي اذا البضع لا يحتمل المشاركة اه (قوله ومع أبي حنيفة في أخرى) قال في الهداية ولو أخر أحدهما عن نصيبه صح عند أبي يوسف اعتبارا بالابراء المطلق ولا يصح عندهما لانه يؤدي الى قسمة الدين قبل القبض قال الاتقاني رحمه الله اعلم أن ذكر الخلاف على هذا الوجه فيه نظر لان قول محمد مع أبي يوسف في سائر الكتب لا مع أبي حنيفة ثم قال بعد كلام طويل فعلى هذا يكون ماذكره صاحب الهداية بناء على اختلاف روايتي الكتابين كتاب الشركة وكتاب الصلح ففي كتاب الشركة قول محمد مع أبي حنيفة وفي كتاب الصلح مع أبي يوسف اه قوله وكتاب الصلح أي من الاصل محمد رحمه الله تعالى وكتب ما نصه قال في معراج الدراية ماذكره الشيخ من الاختلاف مخالف لعامة روايات الكتب من المبسوط والاسرار والايضاح وغيرها حيث ذكر فيها قول محمد مع أبي يوسف ثم هذا الاختلاف في انشاء التأخير أما لو أقر أحد الشريكين أن الدين مؤجل وأنكر الآخر صح اقراره في نصيبه

بالاجماع وفي المبسوط وهو حجة أبي يوسف ومحمد فانهما يقيسان الانشاء على الاقرار اه قال الاتقاني عقب دليل أبي حنيفة ولا يلزم اذا أقر بتأخير نصيبه فانه انما يصح اذا أقر بتأخيره كله الا أنه ينفذ اقراره في نصيب نفسه وكان في زعمه أن الكل مؤجل وفي زعم الآخر أن الكل حال أما لو أقر بتأخير نصيب نفسه فحينئذ لا يصح عند أبي حنيفة لانه أقر بما لا يملك انشاءه كذا ذكر في شرح الكافي اه (قوله ولان حنيفة أنه يؤدي الى قسمة الدين قبل القبض) أي وهو باطل كما اذا كان لهما ألف درهم سود وألف درهم بيض على رجل فاصطلحا على أن يكون البيض لاحدهما والسود للآخر كان باطلا ولا شك أن فيه معنى القسمة لتمييز نصيب أحدهما عن نصيب الآخر ونعني من القسمة هذا اه غاية (قوله لان الحال والمؤجل مختلفان وصفا وحكما) أما وصفا فلان أحدهما مؤجل والآخر معجل وأما حكما فلان الساكت أن يطالب بنصيبه لا للآخر لو اقسمة ليست الا لأن تميز أحدهما عن الآخر وقد صار كذلك اليه أشار في المبسوط وقال في الاسرار عامة مشايخنا يحتجون في هذه المسئلة بقسمة الدين قبل القبض وهذا كلام ظاهر الاختلال لان أبا يوسف ومحمدا يقولان التأجيل لا يوجب القسمة لانه تصرف في المطالبة فاصل (٤٨) الدين يبقى على ما كان مشتركا وتغير صفة الدين وهو المطالبة وتغير صفة النصيب لا يدل على انقطاع الشركة ألا ترى أن أحدهما لو أقر أن نصيبه لفلان صح وقد تغير صفة الملك فانه كان مضافا اليه والآن صار مضافا الى غيره وكذا لو كان عينا لا يحتمل القسمة فوهب أحدهما نصيبه لاجنبي وسلم صح والشركة باقية لكن قال شمس الائمة السرخسي ان نصيب أحدهما يصير مخالفا لنصيب الآخر وصفا وحكما الى آخر ما ذكرنا وبهذا تتحقق القسمة قال في النهاية والقول ما قالت حذام اه معراج (قوله حتى يطالب) يوجد في نسخ عديدة حتى لا باثبات لا والصواب حذفها يؤيده قوله بعد هذا بسطر بيانه الخ اه شاهد لاثباتة في خط الشارح رحمه الله

لابي يوسف رحمه الله انه إبراء مؤقت فيعتبر بالابراء المؤبد ولانه تصرف في خالص حقه فلا يمنع منه ولا يكون ذلك قسمة الدين بل يبقى كل واحد من النصيبين على الشركة وذلك بأن يكون المؤجل بينهما اذا حل الاجل ويرجع المؤخر على القابض عند حلول الاجل ولابي حنيفة رحمه الله أنه يؤدي الى قسمة الدين قبل القبض وهي لا تجوز فيه لان القسمة فيها معنى تمييز الحقوق والافراز وفيها معنى التمليك والمبادلة والدين لا يتصور فيه التمييز ولا يجوز تمليكه من غير من عليه الدين لانه وصف في الذمة فبطل واما قلنا بأنه يؤدي الى قسمة الدين لان الحال والمؤجل مختلفان وصفا وحكما حتى لا يطالب الساكت بنصيبه في الحال فكيف يتصور هذا الاختلاف بينهما من غير قسمة وهل دعوى عدم القسمة فيه بعد ذلك الا دعوى المحال ولان فيه ضررا على شريكه بأن يجعل مؤنة الطلب عليه فقط بيانه أن الساكت يطالب بنصيبه في الحال فاذا خلص منه رجع عليه هو بنصيبه عند حلول الاجل ثم يرجعان على الغريم فيؤخره ونصيبه أيضا مثل ما أخر في الاول فيطالب الساكت بنصيبه فاذا خلص منه رجع عليه به عند حلول الاجل ولم يزل يعمل هكذا الى أن يستوفي الكل وفيه تفويت غرضه عنه من وصول حقه له في الحال وهذا ضرر ظاهر لا يخفى على أحد فلا يمكن منه كما لا يمكن أحد الشريكين أن يكاتب نصيبه بغير رضا الآخر بخلاف الابراء لانه لا ضرر عليه فيه وهو أيضا لا يؤدي الى قسمته لان القسمة انما تكون مع بقاء النصيبين ملكا للشريكين ولم يبق للمبرئ فيه ملك فلا تكون قسمة وانما هو اتلاف لنصيبه فقط وذلك جائز قبل القسمة ألا ترى أنه لو أقر بنصيبه من الدين لانسان صح اقراره وصار ملكا للمقر له لكونه اتلافا لنصيبه ولو كان قسمة لما جاز ذلك قال رحمه الله (وبطل صلح أحد بني السلم عن نصيبه على ما دفع) أي على ما دفع من رأس المال وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يجوز هذا الصلح وانما شرط أن يكون هذا الصلح على رأس المال لانه لو كان على غيره لا يجوز بالاجماع لما فيه من الاستبدال بالمسلم فيه لابي يوسف رحمه الله أنه تصرف في خالص حقه فيجوز كما في سائر الديون وهذا لان الصلح فيه على رأس المال كالصلح في غيره على ما أراد من المال ألا ترى أنه يجوز اذا أجازه شريكه ويشاركه في النهاية اه (قوله بخلاف الابراء) يعني لو أبرأ أحدهما المديون عن نصيبه فانه يجوز بلا خلاف اه (قوله ولم يبق للمبرئ فيه) أي نصيبه اه (قوله في المتن وبطل) أي بطل بدون اجازة الشريك أي لم ينفذ ويتوقف على اجازة شريكه فان رده بطل الصلح أصلا وبقي المسلم فيه بينهما على حاله وان أجازه نفذ عليهما فيكون نصف رأس المال بينهما وباقي الطعام بينهما اه اختيار (قوله في المتن صلح) سماه صلحا مجازا اذ هو فسخ في الحقيقة اه من خط قارئ الهداية وكتب على لفظ المتن ما نصه معناه أن أحد شريكي السلم اذا صالح من نصيبه من المسلم فيه على نصيبه من رأس المال بان أراد أن يأخذ رأس ماله ويفسخ عقد الشركة جاز عند أبي يوسف خلافا لهما اه اتقاني (قوله على ما دفع من رأس المال) الا أن يجيزه شريكه اه اتقاني نقلا عن التقريب اه وسيأتي في كلام الشارح قريبا اه (قوله وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله) وقد ذكر الخلاف هكذا في الاصل وفي شرح الطحاوي للاسبيجابي والمختلف والحصر والمنظومة وكتاب التقريب للقدوري وغير ذلك وقال في شرح الاقطع لم يجز عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يجوز الصلح وجعل قول محمد مع أبي يوسف اه اتقاني

(قوله وكالة نصيبه في المبيع العين) أي كما اذا اشترى عبدا فقال أحدهما في نصيبه اه (قوله ولهما انه لو جاز صلح أحدهما لا يخلوا ما أن يجوز في نصيبه خاصة أو في نصف من نصيبهما جميعا فان جاز في نصيبه خاصة يلزم قسمة الدين قبل القبض وذلك فاسد لما بيناقبل هذا عند قوله ولو أخر أحدهما عن نصيبه صح عند أبي يوسف وعند قوله واذا كان الدين بين شريكين فصالح أحدهما من نصيبه على ثوب وان جاز في نصف من النصيبين جميعا يكون ذلك فسخا في حق شريكه وهو لا يملك ذلك فلا بد من رضا الآخر لان الفسخ في باب السلم بولاية العقد فان المسلم فيه حادث بالعقد ليس بمحسوس لانه ثابت في الذمة فصار العقد أصلا فيه واستندت ولاية الفسخ الى العقد والعقد قائم بهما فلا ينفرد أحدهما بالفسخ اه ❁ فرع ❁ وحاصله انهما اعتبرا جانب (٤٩) العقد لان به يصير المسلم فيه موجودا بخلاف شراء العين فانه موجود قبل العقد وأبو يوسف اعتبر جانب الدين فما قاله أبو يوسف ظاهر لان المسلم فيه دين كسائر الديون وما قالاه أدق في الفرق كذا في المبسوط والاسرار اه (قوله وفي المسلم فيه لا يثبت الملك الا بالعقد) أي لانه دين ثبت بالعقد وقبل العقد لم يكن موجودا اه (قوله ولانه يلزم الخ) يعني لو جاز صلح أحدهما على رأس المال كما قال أبو يوسف لشاركه الشريك الآخر في المقبوض من رأس المال فاذا شاركه وأخذ منه حصته رجع الشريك المصالح بذلك القدر من المسلم فيه على المسلم اليه لانه ليسلم له ذلك القدر بالصلح الواقع بين المصالح والمسلم اليه وقد كان ذلك القدر ساقطا بالصلح ثم عاد فيلزم عود المسلم بعد سقوطه وذلك باطل لانه يلزم من نفيه ثبوته اه (قوله

ويشاركه في المقبوض ويرجعان على الغريم فاذا كان كذلك وجب أن ينفذ في حقه ثم يكون لشريكه الخياران شاء شاركه فيما قبض ويكون الدين بينهما وان شاء رجع على المسلم اليه كسائر الديون وكاقالة نصيبه في المبيع العين ولهما أن هذا العقد حقهما فلا ينفرد أحدهما بفسخه وهذا لان المسلم فيه لم يكن موجودا قبل العقد وجواز التصرف فيه باعتبار وجوبه بالعقد والعقد قد تم بهما فصار كل واحد منهما بالتصرف كشطر العلة وشطر العلة لا يثبت به شيء من الحكم ما لم يتم ذلك باجازة الآخر كما لو زوج أحد المعتقين الامة بخلاف شراء العين فان العين أصل لوجود العقد حتى لا يجوز العقد الا بوجودها فكذا تكون أصلا لصحة الرفع لان العين موجودة حسا ومعاينة قبل العقد وكان لكل واحد منهما ولاية التصرف فيها ولا يستفيده بالعقد فكذا رفعه لتمام العلة فيها وفي المسلم فيه لا يثبت الملك الا بالعقد ولا ولاية التصرف فيه الا به فكان فعلهما علة ثبوت الشركة والولاية ولانه لو جاز في نصيبه خاصة بدون اذن شريكه لكان قسمة الدين وهو في الذمة ولو جاز في نصيبهما من غير اذنه فلا بد من اجازته دفعا للضرر عنه ولانه يلزم من رجوع شريكه عليه عود الدين وهو المسلم فيه الى ذمته والمسلم فيه لا يعود بعد سقوطه ولهذا لو تقايلا لم تصح الاقالة لا تنفسخ بخلاف بيع العين ويلزم منه أيضا أن يجوز صلحه ثانيا حتى يسقط عنه ما عاد الى ذمته وكذا ثالثا وورابعا الى أن لا يبقى منه شيء لان غرضه براءة ذمته ولن يحصل ذلك الا بسقوط الكل هذا اذا كان رأس المال مخلوطا فلا اشكال فيه وان لم يخلطاه ونقد كل واحد منهما على حدة اختلفوا فيه فقال بعضهم يجوز عندهما أيضا لان المانع كونه يؤدي الى العود بعد سقوطه ولم يوجد هذا المعنى هنا لان الدافع يأخذ منه ما دفعه اليه وليس للآخر أن يشركه فيه لانه لم يدفع اليه شيأ آخر فلا يؤدي الى عوده بعد سقوطه وقال بعضهم هذه الصورة أيضا على الخلاف لان عدم الجواز عندهما لكونه يؤدي الى قسمة الدين قبل القبض أو لان العقد حقهما الى آخر ما ذكرنا وقد وجد هذا المعنى هنا فلا يجوز وهو الصحيح لان العلل التي ذكرناها كل واحدة منها مبطلة لكن عند عدم الخلط يبطل بعلة واحدة وعند وجود الخلط بعلل ولان من أجاز لم يجزه لانعدام العلة المعينة وذلك لا ينهض حجة لعدم الحكم بجواز ترادف العلل على حكم واحد فعدم بعضها لا يدل على عدم الحكم بجواز أن يخلفه غيره على انا لا نسلم ان صاحبه لا يشاركه في المقبوض اذا لم يخلطا المال بل له أن يشاركه فيه لان الشركة فيه انما ثبتت لكونهما شتركا في دين المسلم والشركة في دين المسلم ثابتة بسبب انعقاد العقد ولهذا لا يتقبض أحدهما شيأ من المسلم فيه الا شاركه فيه صاحبه ولا أثر لخلط المال فيه ولا لعدمه فكذا في رأس المال عند الفسخ فكان الاحتجاج به باطلا قال رحمه الله (وان أخرجت الورثة

(٧ - زيلعي خامس) وهو المسلم فيه الى ذمته) أي ذمة المسلم اليه اه (قوله ولهذا لو تقايلا) أي في السلم اه (قوله ويلزم منه أيضا أن يجوز صلحه) أي صلح المسلم اليه اه (قوله هذا اذا كان رأس المال مخلوطا) قال في الهداية قالوا هذا اذا خلطا المال قال الاتقاني أي قال المتأخرون من مشايخنا هذا الخلاف فيما اذا خلطا رأس المال وكان رأس المال مشتركا بينهما واما في قياسهم نظر لان محمدا ذكر المسئلة في باب الصلح في السلم بين الرجلين على الخلاف المذكور ولم يتعرض للخلط وعدمه بل أطلق الجواب والحاكم الشهيد وضع المسئلة في مختصر الكافي في كتاب الصلح فيما اذا لم يخلطا وصرح بذلك ووضعها في كتاب البيوع فيما اذا نقد رأس مال مشترك بينهما وذكر خلاف أبي يوسف في الموضعين كما بينا اه (قوله في المتن وان أخرجت الورثة الخ) في الهداية عقد لهذا فصلا فقال فصل في التخارج قال الاتقاني معنى التخارج أن يصالح بعض الورثة من نصيبه على شيء فيخرج من البين وانما أخر هذا الفصل لقلة وقوعه لان كل أحد لا يرضى بأن يخرج من البين

بشيء يأخذه لان الظاهر ان الذي يأخذه دون نصيبه اه (قوله ولا يتصور الابراء) أي لان الابراء عن الاعيان غير المضمونة لا يصح اه (قوله وفيه الاثر) أي عن عثمان رضي الله عنه (قوله أن تماضر امرأة عبد الرحمن بن عوف) أي كان طلقها في مرضه فاختلفت الصحابة في ميراثها منه ثم صالحوها على الشطر وكانت له أربع نسوة فحظها ربع الثمن جزء من اثنين وثلاثين جزأ من التركة فصالحوها على نصف ذلك وهو جزء من أربعة وستين جزأ وأخذت بهذا الحساب ثلاثة وثمانين ألفا وقد ذكر محمد الالف مطلقا ولم يفسرانها دراهم أو دنانير وذكر ثلاثة قبل الثمانين ولم يذكر اسم المصالحة ولم يذكر أن عبد الرحمن عن كم نسوة مات وصاحب الهداية لم يذكر الثلاثة قبل الثمانين وفسر الثمانين بالدينار اه اتقاني ثم قال قال الواحدي في كتاب أسباب نزول القرآن في براءة قوله تعالى الذين يلمزون المطوعين وقال قتادة وغيره حث رسول الله صلى الله عليه وسلم على الصدقة فجاء عبد الرحمن بن عوف بأربعة آلاف درهم وقال يا رسول الله مالي ثمانية آلاف حملتك نصفها فاجعله في سبيل الله وأمسكت نصفها لعيالي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم بارك الله لك فيما أعطيت وفيما أمسكت فبارك الله في مال عبد الرحمن حتى انه خلف امرأتين حين مات فبلغ ثمن ماله لهما مائة وستين ألف درهم ففي هذا الحديث دليل ان جهالة المصالح عنه لا تمنع صحة الصلح فان ما لا يبلغ الصلح عن ربع ثمنها هذا البلغ يكون مما لا يحصى عدده والظاهر ان قدره وقت الصلح لا يكون مستدركا فلا يكون (٥٠) نصيب المصالحة مستدركا اه اتقاني وكتب ما نصه قال الكاكي رحمه الله فهذا دليل ثروة عبد الرحمن رضي الله عنه وقد كان قاسم الله ماله في حياته أربع مرات في كل مرة تصدق بنصفه وأمسك نصفه فدل ذلك على أنه لا بأس بجمع المال واكتساب الغنى من الحل فان عبد الرحمن رضي الله تعالى عنه من علية الصحابة رضي الله عنهم والعشرة المبشرة ولكن ترك الجمع والاستكثار وانفاق المال أولى لانه طريق اختاره رسول الله صلى الله عليه وسلم قال عليه الصلاة والسلام اللهم أحيني مسكينا الحديث اه ﴿فرع﴾ ندب الى الصلح وروى عن عمر رضي الله عنه أنه قال ردوا الخصوم حتى يصطلحوا فان فصل القضاء يحدث بينهم (وعن الضغائن قال مشايخنا هذا في حال اشتباه وجه القضاء أما في حال ظهور وجه القضاء ينبغي أن يقضي بينهما الان في الدعاء الى الصلح أمرا لاحدهما بترك بعض حقه وما ينبغي للقاضي أن يفعل ذلك والصحيح أنه يجوز دعاؤهما الى الصلح بطريق الندب لا بطريق الالزام لما قال من الفائدة وهو صيانتهما عن الوقوع في العداوة وينبغي أن لا يدعوهما الى ذلك الا مرة أو مرتين فان أبيا عن ذلك يفصل بينهما بالقضاء وينبغي أن لا يتولاه بنفسه ولكن يردهما الى من يسمعان قوله من أهلهما الا ان صاحب الحق عسى أن يحتشم من القاضي فيترك بعض حقه حشمة من القاضي وفي بعض الروايات ردوا الخصوم من ذوي الارحام الى أهلهما والصلح في حقهما أندب احترازا عن قطيعة الرحم اه اتقاني (قوله وبيع ما لم يعلم قدره فيه) أي في التخارج اه (قوله كمن أقر بغصب شيء) أي أو أقر ان فلانا أودعه شيأ اه نهاية (قوله لان قبض المجهول الخ) قبض المجهول العين هو الذي لا يمكن أما مجهول القدر فيمكن قبضه والكلام فيه اه قارئ الهداية (قوله ثم ذكر بعده روايتين فيما اذا وقع الصلح الخ) الذي ذكره من الروايتين انما هو فيما اذا وقع الصلح عن المكيل والموزون وأعيان التركة غير معلومة بناء على أنه يحتمل أن يكون في التركة مكيل أو موزون من جنس ما وقع عليه الصلح فيكون ربا أو شبهة الربا كذا بخط قارئ الهداية رحمه الله

أحدهم عن عرض أو عقار مال أو عن ذهب بفضة أو بالعكس) أي عن فضة بذهب (صح قل أو كثر) يعني قل ما أعطوه أو كثر لانه يحمل على المبادلة لانه صلح عن عين ولا يمكن حمله على الابراء اذ لا دين عليهم ولا يتصور الابراء عن العين وبيع العقار والعروض بالقليل والكثير جائز وكذا بيع الذهب بالفضة لعدم الربا لاختلاف الجنس وفيه الاثر أن تماضر امرأة عبد الرحمن بن عوف صالحها ورثته عن ربع ثمنها على ثمانين ألف دينار وقيل على ثلاثة وثمانين ألفا بمحضر من الصحابة رضي الله تعالى عنهم وروي أن ذلك كان نصف حقها وروي عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما أنه قال يتخارج أهل الميراث أي يخرج بعضهم بعضا بطريق الصلح ولا يشترط أن تكون أعيان التركة معلومة لانه لا يحتاج فيه الى التسليم وبيع ما لم يعلم قدره فيه جائز كمن أقر بغصب شيء فباعه المقر له من المقر جاز وان لم يعرفا قدره لما ذكرنا ذكره في النهاية معزيا الى الذخيرة والى التتمة وقال لا تشترط معرفته بالاتفاق وقال ذكره في التتمة وقال صاحب الهداية فيما اذا وقع الصلح عن ذهب بفضة أو وقع عن فضة بذهب يعتبر التقابض في المجلس لانه صرف غير أن الذي في يده بقية التركة ان كان جاحدا يكتفي بذلك القبض لانه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح وان كان مقرا يعني مقرا غير مانع لابد من تجديد القبض لانه قبض أمانة فلا ينوب عن قبض الصلح وهذا يشير الى أن العلم به شرط لان قبض المجهول لا يمكن ثم ذكر بعده روايتين فيما اذا وقع الصلح عن المكيل أو الموزون وانما لا ينوب هذا القبض عن قبض الصلح لان قبض الامانة لا ينوب عن المضمون فلا بد من تجديده بأن ينتهي الى مكان يمكن من قبضه بالتخلية والمضمون ينوب عن الامانة وعند اتحاد القبضين ينوب أحدهما عن الآخر كالمضمون عن المضمون أو الامانة عن الامانة قال رحمه الله

(قوله وقال الحاكم) أي أبو الفضل اه (قوله وجه ذلك الخ) قال الاتقاني قال شيخ الاسلام الاسبيجابي قال أبو الفضل يعني الحاكم الشهيد انما يبطل الصلح على أقل من نصيبهما من العين في حالة التصادق وقد بين ذلك في موضع آخر من هذا الكتاب أي من مختصر الكافي أما في حالة المناكرة فالصلح جائز لانه ان لم يمكن تصحيحه معاوضة يمكن تصحيحه اسقاطا ثم قال شيخ الاسلام والصحيح أنه باطل في الوجهين لانه يكون معاوضة في حق المدعى فيدخل فيه معنى الربا من الوجه الذي قلنا اه قوله (١٥) قال شيخ الاسلام الاسبيجابي أي قال في شرح الكافي اه (قوله ولا في حق الدافع) أي لان في حال المناكرة المعطى يعطي المال ليقطع المنازعة ويفدي يمينه فلا يمكن الربا الى هذا أشار محمد بعد هذا اه ذخيرة (قوله ثم قال كذا في مبسوط شيخ الاسلام) أي شيخ الاسلام خواهرزاده اه قال الاتقاني والجواب عن النقض الذي قال خواهرزاده ما ذكرناه قبل هذا من اختلاف المشايخ حيث قال بعضهم هذا قول أبي حنيفة خاصة وعلى قولهما يبقى العقد صحيحا فيما وراء الدين وقال بعضهم هذا قول الكل لكن بيع الدين باطل لافاسد فصار كبيع الحر والقن اه وقال الكاكي وفي الكافي قيل هذا عند أبي حنيفة أما عندهما يبقى العقد صحيحا فيما وراء الدين وقيل هو قول الكل والفرق لهما أن بيع الدين باطل لافاسد فصار كبيع الحر والقن بثمن واحد اه (قوله في المتن وان شرطوا أن يبرأ الغرماء منه) يعني اذا شرط الورثة أن يبرئ المصالح من نصيبه من الدين الغرماء وهم المديونون ولا يكون الرجوع لسائر الورثة بعد ذلك على الغرماء بنصيب المصالح بعد الصلح اه اتقاني (قوله لانه اسقاط) أي الدين من ذمة المديون اه (قوله وهذه حيلة الجواز) أي في الصلح اذا كان في التركة دين اه (قوله ثم قال وفي الوجهين ضرر بقية الورثة) أي لان في الوجه الاول لا يمكنهم الرجوع على الغرماء بقدر نصيب المصالح وفي الوجه الثاني ضرر النقد لان النقد خير من الدين اه اتقاني

(وعن نقدين وغيرهما بأحد النقدين لا ما لم يكن المعطى أكثر من حظه منه) أي لو صالح عن الفضة والذهب وغيرهما من العروض والعقار على الذهب والفضة لا يجوز الصلح حتى يكون ما أعطوه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون قدر نصيبه بنصيبه والزائد بحقه من بقية التركة لانه لما حمل على المعاوضة لتعذر حمله على الابراء من الاعيان وجب اعتبار شرط المعاوضة فيه وذلك بما ذكرنا انه لو أعطوه قدر حقه أو أقل يكون العروض أو العروض وبعض الذهب أو الفضة حاصلا لهم بلا عوض فيكون ربا وكذا اذا لم يعلم قدر نصيبه لاحتمال الربا لان الفساد على تقدير أن يكون مساويا له أو أقل فكان أرجح وأولى بالاعتبار وقال الحاكم الشهيد انما يبطل على أقل من نصيبه في مال الربا في حالة التصادق وأما في حالة التناكر بان أنكروا وراثته فيجوز ووجه ذلك أن في حالة التكاذب ما يأخذه لا يكون بدلا لا في حق الآخذ ولا في حق الدافع هكذا ذكره المرغيناني فلا بد من التقابض فيما يقابل الذهب والفضة منه لكونه صرفا في قدره ولو كان بدل الصلح عرضا في الصور كلها جاز مطلقا قليلا كان أو كثيرا قبض في المجلس أو لم يقبض لعدم الربا واذا كان بدل الصلح دراهم أو دنانير صح الصلح كيفما كان لانا نصرف الجنس الى خلاف الجنس تصحيحا للعقد كما في البيع بل أولى به لان المقصود من الصلح قطع المنازعة ولكن يشترط التقابض فيه قبل الافتراق لانه صرف قال رحمه الله (ولو في التركة دين على الناس فأخرجوه ليكون الدين لهم بطل) لان فيه تمليك الدين وهو نصيبه من غير من عليه الدين وهم الورثة فبطل فيه ثم تعدى الى الكل لان الصفقة واحدة سواء بين حصة الدين أو لم يبين عند أبي حنيفة رحمه الله وينبغي أن يجوز عندهما في غير الدين اذا بين حصته وأصل الخلاف فيما اذا جمع بين حر وعبد أو شاة ذكية وميتة وباعهما صفقة واحدة وبين حصة كل واحد منهما من الثمن بطل في الكل عنده وعندهما صح في العبد والذكية وفي النهاية يرد على هذه المسئلة يعني مسئلة الصلح على قول أبي يوسف ومحمد فيما اذا أسلم حنطة في شعير وزيت فانهما قالا يصح في حصة الزيت ويفسد في حصة الشعير وههنا قالا فسد في الكل قال هذا مما يحفظ ثم قال كذا في مبسوط شيخ الاسلام ويمكن أن يقال مرادهما في مسئلة الصلح فيما اذا لم يبين ما يقابل كل واحد منهما وفي مسئلة السلم اذا بين توفيقا بينهما وتصحيحا لقاعدتهما قال رحمه الله (وان شرطوا أن يبرأ الغرماء منه) أي من الدين (صح) لانه اسقاط أو تمليك الدين ممن عليه الدين وكل ذلك جائز وقال صاحب الهداية وهذه حيلة الجواز وأخرى أي حيلة أخرى أن يجعلوا اقتضاء نصيبه متبرعين ثم قال وفي الوجهين ضرر بقية الورثة والاوجه أن يفرضوا المصالح مقدار نصيبه ويصالحوا عما وراء الدين ويحيلهم على استيفاء نصيبه من الغرماء وهذا في الوجهين ظاهر لانهم اذا أعطوا المصالح شيئا بمقابلة الدين أو قدر الدين ولم يحصل لهم الدين فقد حصل لهم ضرر دنيوي وليس في الصورة الثالثة مثل ذلك من الضرر لانهم وان خرج منهم قدر الدين لكن حصل لهم الدين بمقابلته فانتفى عنهم الضرر الا ضرر النقد فان العين خير من الدين والاوجه منه أن يبيعوه كفا من تمر أو نحوه بقدر الدين ثم يحيلهم على الغرماء أو يحيلهم ابتداء من غير بيع شيء ليقبضوه له ثم يأخذوه لانفسهم ولو كانت أعيان التركة غير معلومة وليس فيها مكيل ولا موزون فصولح على مكيل أو موزون

(قوله هذا هو الصحيح) فى فتاوى قاضيخان والصحيح ما قاله أبو جعفر اه (قوله فتصير حوالة) لان الكفالة اذا كانت بشرط براءة الميت كانت حوالة فينتقل الدين الى ذمة المحال عليه وهو الكفيل فتخلوا التركة عن الدين فتنفذ القسمة بخلاف ما اذا لم تكن بشرط براءة الميت اه اتقانى

قال ظهير الدين المرغينانى لايجوز هذا الصلح لما فيه من احتمال الربا بأن يكون فى التركة مكيل أو موزون من جنسه فيكون فى حقه بيع المقدر بجنسه جزافا وقال النقيه أبو جعفر يجوز لانه يحتمل أن لا يكون فى التركة من جنسه ويحتمل أن يكون فيها واذا كان فيها يحتمل أن يكون الذى وقع عليه الصلح أكثر وان احتماله أن يكون مثله أو دونه هو احتمال الاحتمال فنزل الى شبهة الشبهة فالشبهة هى المعتبرة دونها هذا هو الصحيح وهذا يدل على أن الصلح مع جهالة التركة يجوز وقيل لايجوز لانه بيع وبيع المجهول لايجوز والاول أصح لان الجهالة هنا لاتفضى الى المنازعة لانها فى يد بقية الورثة فلا يحتاج فيها الى التسليم حتى لو كانت فى يد المصالح أو بعضها لايجوز حتى يصير جميع ما فى يده معلوما للحاجة الى التسليم قال رحمه الله (ولو على الميت دين محيط بطل الصلح والقسمة) لان الورثة لا يملكون التركة فى هذه الحالة لان الدين المستغرق يمنع من دخول التركة فى ملك الوارث لان حاجته مقدمة على الارث ولو ضمن رجل بشرط أن لا يرجع فى التركة جاز الصلح لان هذا كفالة بشرط براءة الاصيل وهو الميت فتصير حوالة فيخلو مال الميت عن الدين فيجوز تصرفهم فيه وان لم يكن مستغرقا بالدين لا ينبغى لهم أن يقسموه أو يصالحوا عنه وان فعلوا ذلك جاز استحسانا والقياس أن لا يجوز لان كل جزء من أجزاء التركة مشغول بالدين لعدم الاولوية بالصرف الى جزء دون جزء فصار كالمستغرق فيمنع من دخوله فى ملك الورثة وجه الاستحسان ان الانسان لا يخلو عن دين قليل فلو منع غير المستغرق منه غلة الوارث أدى الى الحرج أو الى أن لا يملكوا أصلا فقلنا بأنهم يملكونه دفعا للضرر عنهم الا انهم يرفعون من التركة قدر الدين ويتركه حتى يقضى به الدين كى لا يحتاجوا الى نقض القسمة والله أعلم

﴿كتاب المضاربة﴾

قال رحمه الله (هى شركة بمال من جانب وعمل من جانب) يعنى المضاربة عقد شركة بمال من أحد الشريكين وعمل من الآخر هذا فى الشرع والمراد بالشركة الشركة فى الربح حتى لو شرط الربح لاحدهما لا تكون مضاربة على ما نبين وقيل هى عبارة عن دفع المال الى غيره ليتصرف فيه ويكون الربح بينهما على ما شرطا فيكون الربح لرب المال بسبب ماله لانه نماء ملكه وللمضارب باعتبار أنه تسبب لوجود الربح وهى فى اللغة مفاعلة من الضرب فى الارض وهو السير فيها قال الله تعالى وآخرون يضربون فى الارض يعنى الذين يسافرون للتجارة وسمى هذا العقد بها لان المضارب يسير فى الارض غالبا لطلب الربح ولهذا قال الله تعالى يضربون فى الارض يبتغون من فضل الله وهو الربح وأهل الحجاز يسمون هذا العقد مقارضة وهو مشتق من القرض لان صاحب المال يقطع قدرا من ماله ويسلمه للعامل وأصحابنا اختاروا لفظة المضاربة لكونها موافقة لما تاونا من نظم الآية وهى مشروعة لشدة الحاجة اليها من الجانبين فان من الناس من هو صاحب مال ولا يهتدى الى التصرف ومنهم من هو بالعكس فشرعت لتنتظم مصالحهم فانه عليه الصلاة والسلام بعث والناس يتعاملونها فاقركهم عليها وتعاملها الصحابة رضى الله عنهم ألا ترى الى ما روى أن عباس بن عبد المطلب كان اذا دفع مالا مضاربة شرط عليه أن لا يسلك به بحرا وأن لا ينزل واديا ولا يشترى ذات كبد رطب فان فعل ذلك ضمن

﴿كتاب المضاربة﴾

والاصل فى جواز المضاربة الكتاب والسنة والآثار التى ذكرها محمد فى الاصل واجماع الامة قاله الاتقانى ثم قال قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى والقياس أن يكون عقد المضاربة فاسدا لانه فى الحقيقة استئجار العامل باجر مجهول أو معدوم على عمل مجهول ولهذا لو فسد كان اجارة بالاجماع وجهالة العمل والاجر توجب فساد الاجارة الا أنا استحسنا وجوزناها لما ذكرنا من الدلائل اه (قوله وعمل) هكذا ضبطه الشارح بالرفع اه (قوله والمراد بالشركة الشركة فى الربح) أى لان المضارب لا شركة له فى رأس المال اه (قوله لا تكون مضاربة) أى بل بضاعة ان شرط جميعه لرب المال أو قرضا ان شرط للمضارب اه وكتب ما نصه قال الاتقانى هى دفع المال الى الغير ليتجر به على أن يكون الربح الحاصل فيه بينهما على ما شرطا اه (قوله وهو السير فيها) أى لان غرض العاقدين حصول الربح ولن يحصل ذلك عادة الا بالضرب فى الارض اه اتقانى فبلغ (قوله وآخرون يضربون فى الارض) وقال تعالى واذا ضربتم فى الارض فليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة وأطلق اسم المضارب على العامل لانه ضارب فى الارض لا على رب المال لانه طالب للضرب اه اتقانى (قوله أن عباسا) الذى بخط الشارح ابن عباس اه

(قوله وهو معلوم) اما تسمية أو اشارة اه غاية (قوله وحكمها أنواع ايداع) ليس هذا حكمها وانما هي حالات للمضارب وأوصاف له اه من خط قارئ الهداية (قوله لا على وجه البدل) احتراز عن المقبوض على سوم الشراء (ص ٥٣) فانه مقبوض بالقيمة اه غاية (قوله والوثيقة) احتراز عن الرهن فانه مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين اه غاية (قوله أو أقرضه الخ) هذه الحيلة الثانية عزاها الاتقاني لشرح الطحاوي ولم يذكر غيرها اه (قوله ثم يدفع اليه الدرهم) أي على أن يكون رأس مال القرض ورأس مال المستقرض جميع ما استقرض على أن يعمل فيه جميعا ويشترط الربح بينهما ثم بعد ذلك يعمل المستقرض خاصة في المال اه اتقاني (قوله وان هلك هلك عليه) أي على المستقرض اه (قوله فيضمن) أي ويكون الربح بعد ما صار مضمونا عليه للمضارب ولكن لا يطيب له عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يطيب له كالغاصب والمودع اذا تصرفا وربحا لا يطيب لهما الربح على الاختلاف كذا في شرح الطحاوي اه غاية (قوله وقال مالك تجوز بالعروض) وما كتب في بعض كتب أصحابنا أن عند مالك تصح المضاربة بالعروض لم أجد في كتبهم بل ذكر فيها لا تصح بالعروض اه سراج (قوله والمضاربة بغير النقود تؤدي اليه) بيانه أن المضارب لو باع العروض فهلكت العروض في يده لم يضمنها لان العروض أمانة عنده فان سلمها للمشتري قبل البيع وان هلكت في يده بعد البيع فاذا لم يكن العرض مضمونا عليه فالربح الحاصل منه يكون ربح ما لم يضمن وهو حرام للنهي وقد قال محمد في الاصل بلغنا عن ابراهيم النخعي والحسن البصري أنهما قالا لا تكون المضاربة بالعروض انما تكون بالدراهم والدنانير اه اتقاني

فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستحسنه فصارت مشروعة بالسنة والاجماع وشرطها أن يكون رأس المال من الاثمان وهو معلوم والربح بينهما شائعا ونصيب كل منهما معلوما وأن يكون معينا مسلما اليه فان فقد شئ من هذه الاشياء فسدت وركنها أن يقول دفعت هذا المال اليك مضاربة أو معاملة أو خذ هذا المال واعمل به على أن ما رزق الله تعالى بيننا نصفان أو نحو ذلك من الالفاظ التي ثبتت بها المضاربة وحكمها أنواع ايداع ووكالة وشركة واجارة وغصب وأنواعها عامة وخاصة على ما يجئ كل واحد منه مفصلا قال رحمه الله (والمضارب أمين وبالتصرف وكيل وبالربح شريك وبالفساد أجير وبالخلاف غاصب وباشتراط كل الربح له مستقرض وباشتراطه لرب المال مستبضع) يعني يدفع المال اليه على وجه المضاربة يكون أمينا لانه قبضه باذن مالكه لا على وجه البدل والوثيقة واذا أراد أن يجعله عليه مضمونا أقرضه رأس المال كله ويشهد عليه ويسلمه اليه ثم يأخذه منه مضاربة ثم يدفعه الى المستقرض يستعين به في العمل فاذا عمل وربح كان الربح بينهما على الشرط وأخذ رأس المال على أنه بدل القرض وان لم يربح أخذ رأس المال بالقرض وان هلك هلك على المستقرض وهو العامل أو أقرضه كله الا درهما منه وسلمه اليه وعقدا شركة العنان ثم يدفع اليه الدرهم ويعمل فيه المستقرض فان ربح كان بينهما على ما شرطا وان هلك هلك عليه وانما صار وكيلا بالتصرف لانه متصرف في ملكه بأمره وهذا معنى الوكالة وانما صار شريكا له اذا ربح لانه هو المقصود من عقد المضاربة فصار ثبوت الشركة من ضرورة صحتها وصحة الاشتراط وانما صار أجيرا اذا فسدت لان الواجب له فيها أجر المثل كالاجارة اذا فسدت وهو بدل عمله لانه لا يستحق المسمى لعدم الصحة وكذا عامل بضع داخل تحت المضاربة ولم يرض بالعمل مجانا فيجب له أجر المثل بخلاف الشريك حيث لا يستحق أجرا اذا فسدت لان استحقاقه الربح بالمال لا بالعمل ثم لا يزاد على المسمى عند أبي يوسف خلافا لمحمد رحمهما الله على النحو الذي ذكرناه في الشركة وانما صار غاصبا بالخلاف لوجود التعدي على مال الغير كالغصب وهذا لان صاحبه لم يرض أن يكون في يده الا على الوجه الذي أمره به فاذا خالف فقد تعدى فصار غاصبا فيضمن وانما صار المضارب مستقرضا باشتراط كل الربح له لانه لا يستحق الربح كله الا اذا صار رأس المال ملكا له لان الربح فرع المال كالثمرة للشجر وكالولد للحيوان فاذا شرط أن يكون جميع الربح له فقد ملكه جميع رأس المال مقتضى فقضيته أن لا يرد رأس المال لان التمليك لا يقتضي الرد كالهبة وغيرها لكن لفظة المضاربة تقتضي رد رأس المال فجعلناه قرضا لاشتماله على المعنيين عملا بهما ولان القرض أدنى التبرعين لانه يقطع الحق عن العين دون البدل والهبة تقطع عنهما فكان أولى لكونه أقل ضررا وانما صار مستبضعا باشتراط جميع الربح لرب المال لان المضارب لم يطب له بدلا عمله لانه لا يتقوم الا بالتسمية فكان وكيلا متبرعا فهذا هو معنى البضاعة فكأنه نص عليها قال رحمه الله (وانما تصح مما تصح به الشركة) ومعناه لا تصح الا مما تصح به الشركة وهي الدراهم والدنانير لا غير عندهما والفلوس النافقة عند محمد مثلهما وقد بيناه في الشركة وقال ابن أبي ليلى تصح المضاربة في المكيل والموزون لانهما من ذوات الامثال فيمكن تقدير رأس المال بمثل المقبوض وقال مالك تجوز بالعروض لانها متقومة يستربح عليها بالتجارة عادة فكانت كالنقدين فيما هو المقصود بالمضاربة وأمكن تقدير رأس المال بالقيمة اذ هي متقومة ولهذا تبقى المضاربة عليها فكذا يجوز الابتداء بها ولنا ما روي أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن ربح ما لم يضمن والمضاربة بغير النقود تؤدي اليه لانها أمانة في يد المضارب ورعا زادت فيها بعد العقد

(قوله ولو دفع اليه عرضا الخ) يعني بهذا وجه الحيلة في جواز المضاربة بالعروض ووجهها هذا وحيلة أخرى ذكرها الخصاف في كتاب الحيل وقال قلت أرأيت رجلا أراد أن يدفع الى رجل مضاربة وليس عنده الامتاع كيف يصنع قال يبيع المتاع من رجل يثق به ويقبض المال فيدفعه الى المضارب مضاربة ثم يشترى المضارب هذا المتاع من الرجل الذي ابتاعه من صاحبه اه اتقاني (قوله وكل ذلك قابل للاضافة) قال الاتقاني قال في وكالة الطحاوي اذا وكله ببيع عبده غدا كان وكيلا في الغد وفيما بعده ولا يكون وكيلا فيما قبل ذلك وكذلك الاجارة تقبل الاضافة ولهذا اذا قال اذا جاء رأس الشهر فقد آجرتك هذه الدار يجوز اه (قوله والتوكيل بالشراء الخ) قال الاتقاني وتمام البيان فيه ما ذكر شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد قبيل باب اشتراط الربح لغيرهما ولو كان لرجل على رجل دين فأمر أن يعمل به مضاربة ويشتري به ما بدا له من المتاع ويبيعه فما كان من فضل فهو بينهما نصفان فهذا فاسد لان الدين الذي عليه لا يصلح رأس مال المضاربة لكونه مضمونا عليه ومن شرط المضاربة كون رأس المال أمانة عنده وما اشترى فهو مشترى نفسه ورجع له ولا شئ لرب المال (٤٥) فيه في قول أبي حنيفة ودينه عليه على حاله وقال أبو يوسف ومحمد ما اشترى وباع من ذلك فهو لرب المال ويبرئ المضارب من دينه وللمضارب على رب المال مثل أجر عمله لان المضاربة انما فسدت بقي أمر ابالشراء له بما عليه وذلك باطل عند أبي حنيفة فيصير مشتريا لنفسه وعندهما الامر به صحيح فيصير مشتريا للآمر وقد أطمعه في مقابلة عمله شيأ ولم يصح فيلزم رب المال أجر مثل عمله ولو كان الذي أمر بالشراء عنه معلوما يصح الشراء للآمر بالاجماع اه وكتب ما نصه قد تقدم متنا وشرحا في باب الوكالة الكلام في التوكيل بالشراء بما عليه من الدين اه (قوله في المتن ويكون الربح بينهما مشاعا) قال الاتقاني وذلك لان المقصود من عقد المضاربة هو الشركة في الربح فاذا اشترطا لاحدهما دراهم مسماة كالمائة ونحوها تفسد المضاربة لان شرط ذلك يفضي الى قطع الشركة زيادة لانه ربما لا يكون الربح الا ذلك القدر فلا يبقى للآخر شئ من الربح قال شمس الائمة السرخسي في الكفاية شرطه أن يكون قدرا معلوما مشاعا من كل الربح مثل الثلث والربع فاذا شرط لاحدهما مائة من الربح مثلا أو مائة مع الثلث أو الثلث الا مائة والباقي للآخر لم تجز المضاربة لانه يؤدي الى قطع الشركة في الربح لجواز أن لا يربح الا ذلك القدر ثم الشرط الفاسد على وجهين ان أدى الى جهالة الربح فسدت المضاربة لانه المقصود وان لم يؤد صحت وبطل الشرط مثل أن يشرط الوضيعة على المضاربة وهذا أن ما تقف صحته على القبض لا يبطل بالشرط الفاسد ما أمكن كالهبة والرهن ولانها وكالة معنى والوكالة لا يبطلها الشرط الفاسد اه وكتب على قوله ويكون الربح ما نصه قال الشيخ سراج الدين قارئ الهداية رحمه الله ومن خطه نقلت ينبغي أن يقرأ بالباء المنقوطة من تحت عطفا على ما في قوله بما تصح اه قلت وقد وجدت في نسخ كذلك وفي بعضها ويكون بالياء التحتية مضارع كان وعلى الاول يكون مصدرا مجرورا بالباء اه (قوله في المتن فان شرط لاحدهما الخ) صورتها في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رضي الله عنه في رجل دفع الى رجل ألف درهم

فاذا باعها شركه في الربح بقدر ثمن ماله بضمان اذ المضارب يستحق نصيبه من غير أن يدخل شئ في ضمانه بخلاف النقود فانه عند الشراء بها يجب الثمن في ذمته لانها لا تتعين بالتعيين فما يحصل له بذلك فهو ربح ماضمن والمكيل والموزون عروض ألا ترى أنها تتعين بالتعيين فأول تصرف يكون فيها بيع وقد يحصل بهذا البيع ربح بأن يبيعه ثم يرخص سعره بعد ذلك فيظهر ربحه بدون الشراء فيكون هذا استئجارا على البيع بأجرة مجهولة فيكون باطلا كما في العروض ولو دفع اليه عروضا وقال بعه واعمل بثمنه مضاربة جاز وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز لان فيه اضافة عقد المضاربة الى ما بعد البيع وقبض الثمن ولنا أنه وكله ببيع العرض أولا وهو كبيعه بنفسه ثم عقد المضاربة على الثمن المقبوض وهو كالمقبوض في يده فوجب القول بجوازه كما اذا قال له بع هذا العبد واشتر بثمنه هذا العبد وهذا لان المضاربة ليس فيها الا التوكيل واجارة وكل ذلك قابل للاضافة على الانفراد فكذا عند الاجتماع وهذا لما عرف أن الاضافة الى الزمان المستقبل غير التعليق بالشرط ألا ترى أن الاضافة سبب للحال دون التعليق ولو دفع اليه العرض على أن قيمته ألف درهم مثلا ويكون ذلك رأس المال فهو باطل لان القيمة تختلف باختلاف المقوم فلا يمكن ضبطها فلا يصلح رأس المال ولو قال له اقبض ديني من فلان واعمل به مضاربة جاز لان هذا توكيل بالقبض واضافة للمضاربة الى ما بعد قبض الدين وذلك جائز على ما بينا بخلاف ما اذا قال اعمل بالدين الذي لي عليك حيث لا تجوز المضاربة لان المضاربة توكيل بالشراء والتوكيل بالشراء دين في ذمة الوكيل لا يصح حتى يعين البائع أو المبيع عند أبي حنيفة رحمه الله فبطل التوكيل بالكلية حتى لو اشترى كان للآمور وكذا لا يصح التوكيل بقبض ما في ذمة نفسه فلا تتصور المضاربة فيه وعندهما يصح التوكيل بالشراء بما في ذمة الوكيل من غير تعيين ما ذكرنا حتى يكون مشتريا للآمر لكن المشترى عروض فلا تصح المضاربة بها على ما بينا قال رحمه الله (ويكون الربح بينهما مشاعا) أي لا تصح المضاربة الا اذا كان الربح بينهما مشاعا لان الشركة تتحقق به حتى لو شرط لاحدهما دراهم مسماة تبطل المضاربة لانه يؤدي الى قطع الشركة على تقدير أن لا يزيد الربح على المسمى قال رحمه الله (فان شرط لاحدهما

مضاربة على أن الربح بينهما نصفان وعلى أن للذى أخذ المال مضاربة زيادة من الربح عشرة دراهم قال لا خير فى هذا وله أجر مثله فيما عمل الى هنا لفظ محمد فى أصل الجامع الصغير وذلك لان المضاربة عقد على الشركة فما أدى الى قطع الشركة كان فاسد الفوات المقصود من عقد المضاربة وهذا الشرط يؤدى الى قطع الشركة فيكون العقد فاسدا لانه ربما لا يربح الا هذا القدر فلا يحصل للآخر شئ واذا فسدت المضاربة كان للعامل أجر مثل عمله لانه انما يرضى بعمله عوضا فاذا لم يسلم له ذلك لفساد العقد كان له أجر المثل كما فى الاجارة الفاسدة اه اتقانى (قوله فى المتن زيادة عشرة) أى عن نصيب صاحبه من الربح اه (قوله لا يجاوز عن المشروط) أى عند أبى يوسف وعند محمد يجب الاجر بالغا ما بلغ كما فى الشركة على الاحتطاب والاحتشاش اه (قوله وقد ذكرنا الخلاف فيه) أى فى كتاب الشركة اه (قوله وهذا) أى وجوب أجر المثل للعامل اه (قوله وان لم يربح) يعنى يجب أجر المثل فى المضاربة الفاسدة سواء ربح أو لم يربح فى رواية الاصل اه اتقانى (قوله فى رواية الاصل) ووجه ذلك أن المضارب يكون فى معنى الأجير اذا فسدت المضاربة ثم الأجير يستحق الاجرة اما بتسليم المنافع كما فى أجير الوحد فانه يسلم نفسه وفى تسليم نفسه تسليم المنافع واما بتسليم العمل كما فى الاجير المشترك وقد وجد تسليم المنافع والعمل جميعا فيستحق الأجر ولكن لا يستحق الاجر المسمى لفساد العقد فيستحق أجر المثل اه غاية (قوله كما فى أجير الوحد) فيه نظر كذا بخط قارئ الهداية اه (قوله وعن أبى يوسف أنه لا يجب) أى اذا لم يربح اه وكتب على (○○) قوله لا يجب ما نصه فى الفاسدة اه

زيادة عشرة فله أجر مثله لا يجاوز عن المشروط) وقد ذكرناه وذكرنا الخلاف فيه وهذا هو الحكم فى كل موضع لم تصح المضاربة فيه والربح كله لرب المال لانه نماؤ ملكه ويجب الاجر للمضارب وان لم يربح فى رواية الاصل لان أجر الاجير يجب بتسليم المنافع والعمل كما فى أجير الوحد وقد وجد وعن أبى يوسف رحمه الله أنه لا يجب كما لا يجب فى الصحيحة منها مع أنها فوقها فى امضاء حكمها واستحقاق المسمى فيها والمال فى المضاربة الفاسدة أمانة غير مضمونة بالهلاك كما فى الصحيحة منها لان الفاسد من العقود يأخذ حكمه من الصحيح منها ولانه عين فى يد أجيره ولو تلف بعد العمل فلا أجر المثل وقيل هذا عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما يضمن ما تلف فى يده مما يمكن التحرز عنه وهو بناء على اختلافهم فى الاجير المشترك اذا تلف المال فى يده من غير صنعه لان هذا العقد اجارة وهو بمنزلة الاجير المشترك لان له أن يأخذ بهذا الطريق ما شاء من المال والفرق لهما على الظاهر أن هذه مضاربة لفظا واجارة معنى من حيث انه طلب لعمله أجرة فعملنا بالاول فى انتفاء الضمان وبالمعنى فى حق وجوب أجر مثله ربح أو لم يربح أو نقول انه كأجير الوحد من حيث انه لا يمكن من ايجار نفسه فى ذلك الوقت قال رحمه الله (وكل شرط يوجب جهالة الربح يفسدها والا لا يبطل الشرط كشرط الوضيعة على المضارب) أى ان لم يكن مؤديا الى جهالة الربح لا يفسدها بل يبطل الشرط والذى يؤدى الى جهالة الربح من الشروط أن يشترط رب المال على المضارب أن يدفع اليه أرضه ليزرعها سنة أو داره ليسكنها سنة وذلك مفسد لانه جعل بعض الربح عوضا عن عمله والبعض أجرة داره أو أرضه ولا يعلم حصة العمل حتى تجب حصته ويسقط ما أصاب منفعة الدار ولو شرط ذلك على رب المال للمضارب صح العقد وبطل الشرط لانه لا يفضى الى جهالة

(قوله والمال فى المضاربة الفاسدة أمانة الخ) قال الشيخ أبو جعفر الطحاوى فى مختصره والمضارب فى المضاربة الفاسدة كالاجير فيها فان ضاع منه المال وهو على ذلك فلا ضمان عليه فى قول أبى حنيفة وبه نأخذ وعليه الضمان فى قول أبى يوسف ومحمد الى هنا لفظ الطحاوى وقد ذكر الاختلاف كما ترى ولم يذكر الاختلاف فى ظاهر الرواية وجعل أمانة كما فى المضاربة الصحيحة وجعل البيان هنا ما ذكر شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى فى شرح

الكافى فقال ولو قال ما رزق الله تعالى من شئ فللمضارب مائة درهم فهذه مضاربة فاسدة لانه يوهم قطع الشركة لانه عسى لا يربح الا مائة ومتى فسدت المضاربة انقلبت اجارة فاسدة حتى لو عمل على ذلك فربح مالا أو لم يربح فله أجر مثل عمله وليس له من الربح شئ وهل يجاوز نصف الربح ينبغى أن يكون على الخلاف الذى ذكرناه فى شركة الاحتطاب والاحتشاش أن الجموع يكون الجامع وللاجير أجر مثله لا يجاوز نصف الجموع عند أبى يوسف وعند محمد يجب بالغا ما بلغ لانه لا يمكن تقدير بنصف الربح وليس له من الربح شئ لانه أجير ولو وضع المال أو تلف المال فلا ضمان عليه لانه أمين وقيل هذا على قول أبى حنيفة وعندهما يكون مضمونا لانه بمنزلة الاجير المشترك والاصح انه لا ضمان عليه على قول الكل لانه أخذ بحكم المال والمال فى يد المضارب صحت المضاربة أو فسدت يكون أمانة وهذا لانه لما فسد أن يكون المال مضاربة عنده فقد قصد أن يكون أمينا وله ولاية جعله أمينا وكذا كل مضاربة فاسدة عمل بها المضارب فربح أو وضع فله أجر مثله ولا ربح له والربح لرب المال الى هنا لفظ شرح الكافى انتهى اتقانى (قوله مضمونة) عبارة الهداية غير مضمون اه (قوله والفرق لهما على الظاهر) أى بين الاجير المشترك وبين المضارب اه (قوله فى المضاربة الفاسدة اه (قوله ربح أو لم يربح) أى كما لو استأجره فأسا لاجارة الفاسدة اجارة لفظا ومعنى فيكون المال مضمونا عندنا كالاجير المشترك عندهما الا أن يكون الهلاك بأمر لا يمكن التحرز عنه اه كاكى (قوله صح العقد وبطل الشرط) قال محمد فيمن دفع ألفا مضاربة على أن الربح بينهما نصفان وعلى أن يبضعه اليه

رب المال أرضه يزرعها سنة أو على أن يسكنه داره سنة فالشرط باطل والمضاربة جائزة لانه ألحق بها شرطا لا تقتضيه ولو كان المضارب هو الذي شرط عليه أن يدفع أرضه ليزرعها رب المال سنة أو يدفع داره الى رب المال يسكنها سنة فسدت المضاربة وذلك لانه جعل نصف نصف الربح عوضا عن عمله وعن أجرة الدار والارض فصار حصة العمل مجهولا بالعقد فلم يصح العقد كذا في شرح مختصر الكرخي اه اتقاني (قوله لان المضاربة لا تفسد بالشروط الفاسدة) أي كالشرط لزوم المضاربة بخلاف شرط يوجب جهالة الربح لان ذلك يمنع موجب العقد فلا ينعقد العقد اذ العقد شرع لاثبات موجبه ولهذا الشرط عمل رب المال يفسد العقد وان لم يوجب جهالة في الربح لانه شرط يمنع موجب العقد اذ موجبه تسليم المال الى المضارب وذا يمنعه ذكره في الذخيرة اه (قوله في المتن ويدفع المال) قال قارئ الهداية رحمه الله ينبغي أن يقرأ ويدفع بالباء المنقوطة من تحت مجرورا عطفا على قوله بما تصح به الشركة كما تقدم اه ومن خطه نقلت اه (قوله ليتمكن من العمل الخ) اعلم أن التسليم الى المضارب شرط صحة المضاربة وشرط عمل رب المال في عقد المضاربة يفسدها لان المال أمانة فلا يتم الا بتسليم رأس المال الى المضارب كالوديعة واذا شرط عمل رب المال معه لا يتحقق التسليم لان يده تبقى على المحل فيمنع من تمام التسليم اه غاية وكتب ما نصه قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي واذا دفع الرجل الى الرجل مالا مضاربة بالنصف فردّه المضارب (٥٦) على رب المال وأمره أن يبيع ويشتري على المضاربة ففعل وربح فهو جائز على المضاربة والربح على ما اشترطا لانه لم يوجد صريح النقض ولا دلالته لانه صار مستعينا به على العمل ومتى وقع العمل من رب المال اعانة لا يجعل هذا استردادا فلا تنتقض به اليد الثابتة للمضارب بخلاف ما اذا شرط عمل رب المال في حال العقد لان يده مانعة من تمام التسليم والتسليم شرط صحة المضاربة فرق بين هذا وبين الاجير المشترك اذا استعان بالمستأجر ففعل حيث لا يستحق الاجرة لان المعقود عليه في باب الاجارة هو العمل فاذا لم يعمل لم يستحق الاجرة أما ههنا فالعمل غير معقود عليه لان المضارب عامل لنفسه في تحصيل الربح فافترقا وصار كان المالك وهب للمضارب رأس المال ثم اشتركا ولو فعل كذلك كان الربح بينهما كذا ههنا كذا ذكر شيخ الاسلام علاء الدين ولو دفع المضارب المال الى رب المال مضاربة فالمضاربة الثانية فاسدة والمضاربة الاولى جائزة ويكون الربح بينهما على شرط المضاربة الاولى عندنا وعند زفر تنفسخ المضاربة الاولى بدفع المال الى رب المال والرد عليه كذا في شرح الطحاوي وهي تعرف في الخلاف اه اتقاني (قوله سواء كان المالك الخ) يعني أن اشتراط عمل رب المال في عقد المضاربة مفسد للعقد سواء كان رب المال عاقدا كالبالغ أو غير عاقد كالصغير مثل الاب أو الوصي اذا دفع مال اليتيم مضاربة وشرط عمل الصغير يفسد عقد المضاربة لان الصغير مالك للمال فبقاء يده فيه يمنع صحة المضاربة كالكبير وكذلك كل من يستحق الربح بمال اذا شرط عمله مع المضارب يفسد العقد كأحد المتفاوضين أو شريكي العنان اذا دفعا مالا مضاربة وشرط عمل شريكه مع المضارب لان الشريك يستحق الربح بماله كالدافع اه اتقاني (قوله وكذا أحد الشريكين الخ) قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي ولو شرط أن يعمل معه شريك رب المال ان كانت شركة مفاوضة لم يجز لان يد الشريك كيده بمقتضى عقد الشركة فصار كان يد رب المال باقية على المال فمنعت من تمام التسليم وكذلك شريك العنان في مال الشركة لان يدهما واحدة ولو كان المدفوع اليه من غير مال الشركة لم يفسد بالشرط لان شريك العنان في غير مال الشركة ينزل منزلة الاجانب اه اتقاني

حصة العمل اذ نصيبه من الربح مقابل بعمله لا غير ولا جهالة فيه لان الكلام فيما اذا شرط له جزأ معلوما من الربح شائعا هو شرط لا يقتضيه العقد فيبطل هو دونها لان المضاربة لا تفسد بالشروط الفاسدة كالوكالة والهبة لان صحتها تتوقف على القبض كالهبة وشرط الوضيعة شرط زائد لا يوجب قطع الشركة في الربح ولا الجهالة فيه فلا يكون مفسدا وتكون الوضيعة وهو الخسران على رب المال لان ما فات جزء من المال بالهلاك يلزم صاحب المال دون غيره والمضارب أمين فيه فلا يلزمه بالشرط فصار الاصل فيه أن كل شرط يوجب جهالة في الربح أو قطع الشركة فيه مفسد وما لا فلا قال رحمه الله (ويدفع المال الى المضارب) يعني رب المال يسلم المال اليه ولا بد له من ذلك لان المضاربة فيها معنى الاجارة لان ما يأخذه مقابل بعمله والمال محل العمل فيجب تسليمه كالاجارة الحقيقية ولان المال أمانة في يده فلا يتم الا بالتسليم كالوديعة وهذا بخلاف الشركة حيث لا يشترط فيها تسليم المال الى الآخر لان الشركة انعقدت على العمل منهما فشرط انتفاء يد رب المال فيها يخرج العقد من أن يكون شركة ولا كذلك المضاربة لان المال فيها من أحد الجانبين والعمل من الآخر فلا بد من تسليم المال الى العامل وتخليصه له ليتمكن من العمل والتصرف فيه وشرط العمل على رب المال ينافي ذلك فلا يجوز سواء كان المالك عاقدا أو غير عاقد كالصغير والمعتوه لان يدهما على ما لهما بجهة الملك كالكبير فبقاء يدهما يمنع كونه مسلما الى المضارب وكذا أحد الشريكين اذا دفع المال مضاربة فشرط أن يعمل شريكه مع المضارب لان للشريك فيه ملكا فيمنع يده من تسليمه الى المضارب وان لم يكن العاقد مالكا وشرط أن يتصرف في المال مع المضارب

(قوله في المتن وبيع بنقد ونسيئة) ولو قال رب المال أمرتك أن تبيعه بالنقد فبعته بالنسيئة وقال المضارب لا بل أمرتني ببيعه مطلقا كان القول للمضارب ولو اختلف الموكل والوكيل في مثله كان القول للموكل والفرق بينهما مذكور في شرح الكفاية يعني البزازي في كتاب الوكالة اه وكتب على قوله ونسيئة ما نصه لانه لو كان وكيلا خاصا مالك ذلك باطلاق الوكالة فاذا كان عاما أولى وهذا لانه عسى لا يحصل له الربح الا بالنسيئة اه اتقاني وكتب أيضا ما نصه قال صاحب الهداية اذا باع الى أجل لا يبيع التجار اليه يعني اذا باع المضارب الى أجل طويل ليس من عادة التجار أن تبيع الى مثل ذلك لا يجوز كعشر سنين مثلا والنسيئة بالهمز على وزن فعيلة وربما تدغم بعد التخفيف كالخطيئة والنساء بالمد التأخير اه اتقاني ذكره في فصل ما يفعله المضارب اه وقد ذكر الشارح الزيلعي رحمه الله في هذا الفصل أن للمضارب تأخير الثمن الى أجل متعارف فقوله متعارف احتراز عما اذا باع الى أجل طويل اه (قوله للمضارب أن يفعل الخ) قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي وله أن يوكل بالبيع والشراء لانه من عادة التجار اه اتقاني (قوله اذا كانت المضاربة صحيحة مطلقة) قال الاتقاني أراد بالمضاربة المطلقة أن لا تكون مقيدة بزمان ولا مكان لانها اذا كانت مقيدة لا يجوز للمضارب أن يعمل في غير ذلك الزمان وغير ذلك المكان وسيجيء بعد هذا اه

(قوله ليس له أن يسافر به) أي بمال المضاربة اه

المضارب فان كان العاقد ليس بأهل للمضاربة في ذلك المال تفسد كالمأذون يدفع ماله مضاربة ويشترط عمله مع المضارب لان التصرف فيه اليه واليد ثابتة له في هذا المال ويده نفسه فصار كالمالك فيما يرجع الى التصرف فكان قيام يده مانعا لصحة المضاربة وان كان العاقد ممن يجوز أن يأخذ ماله مضاربة لم تفسد المضاربة كالاب والوصي اذا دفعا مال الصغير مضاربة وشرطا أن يعملا بأنفسهما مع المضارب بجزء من الربح فهو جائز لانهما لو أخذا ماله مضاربة ليعملا بأنفسهما بالنصف صح فكذا اذا شرطا عملهما مع المضارب بجزء من الربح لان كل مال يجوز أن يكون المرء فيه مضاربا وحده جاز أن يكون فيه مضاربا مع غيره وهذا لان تصرف الاب والوصي واقع للصغير حكما بطريق النيابة فصار دفعه كدفع الصغير وشرطه كشرطه فتشترط التخلية من قبل الصغير لانه هو رب المال وقد تحققت وان دفع العبد المأذون ماله مضاربة وشرط عمل مولاه مع المضارب يتظر فان لم يكن عليه دين فسدت المضاربة لان المولى مالك لما في يده فلم يكن من أهل المضاربة فيه وان كان عليه دين فالمضاربة جائزة عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه لانه لا حق للمولى فيه فصار كالاجنبي والمكاتب اذا دفع ماله مضاربة وشرط عمل مولاه معه لا يفسد مطلقا لانه لا ملك للمولى في يده فصار كالاجنبي سواء كان عليه دين أو لم يكن قال رحمه الله (ويبيع بنقد ونسيئة ويشتري ويوكل ويسافر ويبضع ويودع) يعني للمضارب أن يفعل هذه الاشياء كلها اذا كانت المضاربة صحيحة مطلقة بأن دفع اليه مضاربة بالنصف مثلا ولم يزد عليه لان المطلق يتناول الانواع كلها فله أن يفعل ما هو معتاد بين التجار لانه قد يربح في جهة من التصرف دون جهة أو في نوع من الانواع دون نوع فيطلق له الكل ليحصل له غرضه وهو تحصيل الربح والتوكيل والابضاع والايداع والمسافرة من صنيعهم وعن أبي يوسف انه ليس له أن يسافر به لانه تعريض على الهلاك من غير ضرورة وعن أبي حنيفة أنه ان دفع اليه المال في بلده ليس له أن يسافر به لما ذكرنا وان دفع اليه في غربة كان له أن يسافر به الى بلده لان الظاهر أن

(قوله وان دفع اليه في غربة كان له أن يسافر به الخ) قال الاتقاني رحمه الله وكذا له أن يبضع ويودع لان ذلك من عادة التجار ولان المضارب يملك أن يستأجر من يعمل في المال بعوض فاذا أبضع فقد حصل العمل بغير عوض فهو أولى وانما قلنا يملك أن يستأجر لانه لا يتوصل الى الربح الا بالعمل وربما لا يتمكن المضارب من جميع الاعمال بنفسه فلا بد له من الاجير ولان ذلك عادة التجار ولانه لا يقدر على حفظ المال الا بالملك وهو مأذون في حفظ المال وله أن يستأجر السفن والدواب والرجال لما ذكرنا لان الربح يحصل بنقل المال

من موضع الى موضع ولا يمكنه نقل بنفسه قال الكرخي في مختصره وله أن يرهنه بدين عليه في المضاربة من مال المضاربة وان يرتهن بدين له منها على رجل لان الرهن الايفاء والارتهان الاستيفاء وهو يملك ذلك بعقد عام والحاصل هنا ما قال الصدر الشهيد وغيره في شروح الجامع الصغير ان التصرفات في المضاربة ثلاثة أقسام قسم هو من باب المضاربة وتوابعها فيملكها بطلق الكتاب وهو الايداع والابضاع والاجارة والاستئجار والرهن والارتهان وما أشبه ذلك وقسم آخر ليس من المضاربة بالمطلقة لكنه يحتمل أن يلحق بها عند وجود الدلالة وهو اثبات الشركة في المضاربة بان يدفع الى غيره مضاربة أو يخلط مال المضاربة بماله أو بمال غيره فانه لا يملك هذا بمطلق المضاربة لان رب المال لم يرض بشركة غيره وهو أمر زائد على ما تقوم به التجارة فلا يتناوله مطلق عقد المضاربة لكن يحتمل أن يلحق به فاذا قيل له اعمل برأيك فله ذلك وقسم آخر ليس هو من المضاربة ولا يحتمل أن يلحق بها وهو الاقراض والاستدانة على المال لان الاقراض ليس بتجارة والاستدانة على المال تصرف بغير رأس المال والتوكيل متعذر برأس المال فلا يحتمل التعدي الا أن ينص عليه فاذا نص عليه اعتبر بنفسه حتى يصير بمنزلة شركة الوجوه لا مضاربة لانه ليس لاحدهما في رأس المال وقال في شرح الاقطع لا يجوز للمضارب أن يستدين على المضاربة وان فعل ذلك لم يجز على رب المال الا ترى أنه اذا اشترى برأس المال فهلك قبل التسليم يرجع

المضارب عليه بمثله واذا كان كذلك فرب المال لم يرض أن يضمن إلا مقدار رأس المال فلو جوزنا الاستدانة لزمه ضمان مالم يرض به وذلك لا يصح واذا لم يصح استدانته على رب المال لزمه الدين خاصة وأما اذا استدان باذن رب المال فما يشتريه بينهما شركة وجوه ألا ترى المشترى بالدين لا يجوز أن يكون مضاربة لانها لا تصح الا في مال عين واذا لم تكن مضاربة لم يبق الا أن تكون شركة بينهما شركة وجوه واطلاق الشركة يقتضي التساوي فلذا كان بينهما نصفين وقد قالوا ليس للمضارب أن يأخذ سفتجة لان ذلك استدانة وهو لا يملك الاستدانة وكذلك أيضا لا يعطي سفتجة لان ذلك قرض وهو لا يملك القرض وكذلك لو قال اعمل برأيك لم يكن له شئ من ذلك لانه ينصرف الى ما يعود الى التجارة ولا يتناول التبرع والاستدانة اه قوله والحاصل الخ سيأتي في كلام الشارح في الفصل الآتي بأتم من هذا اه (قوله فكان أدنى منها) أي فكان السفر أدنى من الايداع اه (قوله وقال ابن أبي ليلى ليس له أن يبيع بالنسيئة) وهذا على أصله مستقيم لان الوكيل المطلق لا يملك البيع بالنسيئة عنده اه اتقاني (قوله لانه بمنزلة الابضاع) قال شمس الأئمة البيهقي في الكفاية في المشهور يملك أن يأذن لعبد المضاربة في التجارة (٥٨) لانه من عادة التجار اه اتقاني (قوله وعن محمد رحمه الله أنه ليس له ذلك) رواه ابن رستم عن محمد اه (قوله في المتن ولا يزوج عبدا ولا أمة) يعني لو اشترى المضارب عبدا أو أمة لم يكن له أن يزوج واحدا منهما اه (قوله في المتن ولا لمضارب الاباذن أو باعمل برأيك) أي وذلك لان رب المال رضي بشركته ولم يرض باشتراك غيره في الربح فلا يجوز الاشتراك اه غاية (قوله أو يقول له اعمل برأيك) وان لم يقل له ذلك فدفع المضارب المال الى غيره مضاربة قال في شرح الطحاوي ان كانت المضاربة الثانية فاسدة فلا يضمن المضارب الاول وان عمل المضارب الاول في المال لانه بمنزلة الاجير وللمضارب أن يستأجر ويجب للثاني أجر المثل في مال المضاربة فان كانت المضاربة الثانية صحيحة لم يكن المال مضمونا على المضارب الاول بمجرد الدفع حتى ان المال لو هلك في يد الثاني قبل أن يعمل هلك أمانة لا لان مال المضاربة وديعة عند المضارب الاول ولا يكون المضارب الاول مخالفا بالايداع الا عند زفر فانه يضمن بمجرد الدفع واذا عمل الثاني صار الاول مخالفا ورب المال بالخيار ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثاني وان ضمن الثاني رجع بما ضمن على الاول وان ضمن الاول لا يرجع على الثاني بما ضمن وصحت المضاربة الى الثاني هذا في ظاهر الرواية وروى عن أبي حنيفة أنه قال لا يضمن اذا عمل الثاني مالم يربح لانه بمنزلة التوكيل الا أن يظهر الربح ولا يصير الاول مخالفا بالتوكيل وانما يصير مخالفا بالاشراك وكذلك لو خلط مال نفسه بمال المضاربة ضمن مال المضاربة والربح له والوضيعة عليه وكذلك لو شارك مع غيره شركة عنان وخلط ضمن وتصح الشركة بينهما هذا اذا لم يقل اعمل فيه برأيك فان قال له اعمل برأيك فله أن يخلط مال المضاربة بمال نفسه واذا ربح قسم الربح بين المالين فربح ماله يكون له خاصة وربح مال المضاربة يكون بينهما على الشرط وكذلك لو شارك مع غيره شركة عنان جاز ويقسم الربح بينهما على الشرط فاذا قسم الربح بينهما يكون مال المضاربة مع حصة المضارب من الربح يستوفي منها رب المال رأس ماله وما فضل فهو بينهما على الشرط كذا في

صاحبه رضي به اذا الانسان لا يقيم بدار الغربة دائما في الغالب واعطاؤه المال مضاربة في هذه الحالة مع علمه بحاله يدل على رضاه به وجه الظاهر أن المضاربة مشتقة من الضرب في الارض على ما بينا من قبل فيملكه بمطلق العقد اذا للفظ دال عليه ولا نسلم أنه تعريض على الهلاك لان الظاهر فيه السلامة ولا معتبر بالموهوم ألا ترى أن للمودع أن يسافر بالوديعة مع أنه ليس له أن يودع والمضارب له ذلك فكان أدنى منها وأولى بالجواز وقال ابن أبي ليلى ليس له أن يبيع بالنسيئة لان ذلك تصرف يوجب قصر يده عن مال المضاربة ويعجزه عن التصرف فيه فيكون موجبا لضد مقصود رب المال فصار كالاقراض بل فوقه لان القرض يمكن الوصول اليه في الحال بواسطة الطلب وهذا لا يمكن فيكون فيها نوع إهلاك أو تبرع ولهذا الوباع المريض بالنسيئة يعتبر من الثلث ونحن نقول البيع بالنسيئة من صنيع التجار وهو متعارف عندهم فيدخل عند الاطلاق لان المتعارف كالمنصوص عليه وهو أقرب الى تحصيل الربح عادة فكان أوفق لمقصود رب المال وله أن يأذن لعبد من مال المضاربة في التجارة لانه بمنزلة الابضاع وعن محمد رحمه الله أنه ليس له ذلك كالمضاربة قلنا المضارب يصير شريكا والعبد لا يكون شريكا فافترقا قال رحمه الله (ولا يزوج عبدا ولا أمة) وعن أبي يوسف رحمه الله انه يزوج الامة لانه من باب الاكتساب لانه يصل الى المهر والى سقوط نفقتها بخلاف تزويج العبد فان فيه اشغال رقبته بالدين واستحقاق بيعه ولهما أنه ليس من باب التجارة فلا يدخل تحت الاطلاق لان لفظ المضاربة يدل على تحصيل المال بطريق التجارة لا بأي طريق كان ألا ترى أنه ليس له أن يكاتب ولا يعتق على مال وان كان باضعاف قيمته بخلاف المكاتب حيث يجوز له أن يزوج الامة دون العبد لان الكتابة تقتضي الاكتساب دون التجارة ولهذا كان له أن يكاتب فيملك تزويج الامة أيضا ونظيرها الاب والوصي حيث يملكان تزويج الامة والكتابة دون تزويج العبد لان تصرفهما مقيد بالنظر للصغير فيهما كان فيه نظر للصغير فعلاه وما لا فلا ونظير المضارب الشريك شركة عنان أو مفاوضة حتى كان تزويجه الامة على الخلاف قال رحمه الله (ولا يضارب الا باذن أو باعمل برأيك) يعني لا يجوز له أن يعطي المال مضاربة الا أن يأذن له رب المال أو يقول له اعمل برأيك لان الشئ

شرح الطحاوي اه اتقاني وكتب ما نصه ولان المضاربة وان كانت تتناول المضاربة من حيث انها من صنع التجار لكن لا تتناولها من حيث ان فيها معنى الامانة والوكالة والاصل عدم التناول فلا يتناول المضاربة بالشك اه ذخيرة (قوله لانها دونها) أي دون المضاربة اه (قوله حيث لا يملكهما الا بالتصريح) أي لا بقوله اعمل برأيك اه (قوله ونظير المضاربة الشركة والخلط الخ) قال الاتقاني وكذا ليس له أن يشارك مع غيره شركة عنان أو يخلط المال بمال نفسه أو بمال غيره لان رب المال رضي بشركته لا بشركة غيره ولان الشيء لا يتضمن ما هو فوقه والشركة أعم من المضاربة وفي خلط المال يثبت في مال رب المال حق الغير فلا يجوز الا اذا قيل له اعمل برأيك اه (قوله في المتن ولم يتعد عما عينه من بلد وسلعة الخ) قال الاتقاني رحمه الله والاصل فيه أن رب المال متى شرط على المضارب شرطا في المضاربة ان كان شرط الرب المال فيه فائدة فانه يصح الشرط ويجب على المضارب مراعاته والوفاء به واذا لم يوف به صار مخالفا وعاملا بغير أمره وان كان شرط الا فائدة فيه لرب المال فانه لا يصح ويجعل كالمسكوت عنه اه (قوله وكذا الاسعار قد تختلف) أي قد تختلف باختلاف البلدان اه (قوله كان المشترى له) يعني اذا اشترى خارج الكوفة (٥٩) وباع وربح أو وضع فالربح له والوضيعة عليه

لا يتضمن مثله الا بالتنصيص عليه أو التفويض المطلق اليه ألا ترى أن الوكيل ليس له أن يوكل غيره الا بما قلنا بخلاف المكاتب والعبد المأذون له والمستعير حيث تضمنت هذه العقود أمثالها لانهم يتصرفون بحكم المالكية لا بحكم النيابة لان المكاتب صار حرا ايدا فله أن يكاتب ولان الكتابة كالبيع من نفس العبد فيملكه والمأذون بفك الحجر بقي متصرفا لنفسه فله أن يأذن لعبده والمستعير يملك أيضا تمليك المنفعة وبخلاف الايداع والابضاع لانهما دونها فتتضمنهما وبخلاف الاقراض والاستدانة حيث لا يملكهما الا بالتصريح لان المراد من قوله اعمل برأيك التميم فيما هو من عادة التجار وليس منه قصارا كالهبة والصدقة ونظير المضاربة الشركة والخلط بمال نفسه لانهما من صنيع التجار فيدخل تحت قوله اعمل برأيك قال رحمه الله (ولم يتعد عما عينه من بلد وسلعة ووقت ومعامل كما في الشركة) أي اذا خص له رب المال التصرف في بلد بعينه أو في سلعة بعينها أو في معاملة رجل بعينه لا يجوز له أن يتعداه فان تعدى صار ضامنا لان المضاربة توكيل وفي التخصيص فائدة من أمن خطر الطريق وخيانة المضارب ومن نفقته من ماله وكذا الاسعار قد تختلف فبالتقييد تحصل الفائدة فتعتبر ولو عين له بلدا وأمره الى غير ذلك البلد أو دفعه بضاعة الى من يخرجه من ذلك البلد ضمن لانه بالمخالفة صار غاصبا وان اشترى شيأ بعد ذلك كان المشترى له لانه بالاخراج بطلت المضاربة وتقرر ذلك بالشراء والنقد من مال الغير فكان له فصار كمن اشترى شيأ ونقد الثمن من المغصوب ولو لم يشتر شيأ حتى رد المال الى البلد الذي عينه له برئ من الضمان كالمودع اذا خالف في الوديعة ثم رجع الى الوفاق وعاد المال مضاربة مثل ما كان لان يده باقية بالعقد السابق وكذا الورد البعض يكون المردود مضاربة حتى اذا اشترى في ذلك البلد كان للمضاربة اعتبارا للجزء بالكل لان التقييد به لما كان مفيدا تقيد به وصار بنفس الاخراج متعديا ضامنا لكنه لا يتقرر الا بالشراء من بلد آخر فاذا رجع قبل تقرره زال الضمان على ما بينا فبقي المال على ما كان وهذا بخلاف ما اذا قيده في سوق معين من المصر حيث لا يتقيد به لان المصر الواحد قلما تتفاوت جوانبه وأسواقه لان ما اذا قيده في سوق معين من المصر حيث لا يتقيد به لان المصر الواحد قلما تتفاوت جوانبه وأسواقه لان

ولكن يتصدق بالربح عند أبي حنيفة ومحمد وعلى قول أبي يوسف يطيب له الربح ولا يتصدق أصله المودع اذا تصرف في الوديعة وربح اه اتقاني (قوله وصار بنفس الاخراج متعديا) قال الاتقاني وتكلموا أنه هل يصير مخالفا بنفس الاخراج والاصح أنه يصير ضامنا بنفس الاخراج لانه مأمور بالحفظ في ضمن الامر بالعمل والامر بالعمل مقيد فصار الامر بالحفظ مقيدا أيضا اه وكتب ما نصه قال في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رضي الله عنه في رجل دفع الى رجل ألف درهم مضاربة بالنصف على أن يشتري

ويبيع بالكوفة فخرج الى البصرة فاشترى بها قال اذا اشترى فهو ضامن الى هنا لفظ محمد في أصل الجامع الصغير وقد شرط الشراء الضامن كما ترى وقال في كتاب المضاربة اذا أخرجه من الكوفة فقد خالف وقد جعل مخالفا بنفس الاخراج فيسلم هو الصحيح وانما شرط الشراء في الجامع الصغير ليقرر الضمان لا لاصل الوجوب لانه يسقط الضمان عنه بالعود قبل الشراء اه (قوله وهذا بخلاف ما اذا قيده الخ) قال في الهداية وهذا بخلاف ما اذا قال على أن تشتري في سوق الكوفة حيث لا يصح التقييد قال الاتقاني أي هذا الذي ذكرنا من التقييد بالبلد حيث لزمه الضمان اذا جاوزه بخلاف ما اذا قال على أن تعمل في سوق الكوفة لانه لا يتقيد بها حتى اذا اشترى وباع بالكوفة في غير سوقها لم يضمن وهذا الذي ذكره استحسان قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي ولو دفعه مضاربة على أن يعمل في سوق الكوفة له أن يعمل في غير السوق بالكوفة استحسانا والقياس أن لا يملك لانه قيده به الا أنا استحسنا وقلنا يملكه في غير السوق اذا كان في الكوفة لان الشراء لا تتفاوت بين أن يكون في السوق وبين أن يكون في غير السوق لان الاسعار لا تتفاوت في مصر واحد فلا يكون التقييد مفيدا ولو قال لا تعمل به الا في السوق فعمل في الكوفة في غير السوق فهو مخالف بخلاف ما اذا قال على أن تعمل في السوق لانه أطلق العمل به ثم قيده بمكان والتقييد لغو وفي الفصل الثاني بدأ بالنهي واستثنى تصرفا خاصا فلزم الغنياء لا يستقيم الاطلاق بصدر الكلام اه اتقاني

كبقعة واحدة فلا يفيد التقييد الا اذا صرح بالنهي بأن قال اعمل في هذا السوق ولا تعمل في غيره فحينئذ يتقيد به لان المال له وولاية التصرف فيه اليه ولعل ذلك يقيد لوجود الاختلاف حقيقة وكذا حكما ألا ترى أن المودع اذا شرط عليه الحفظ في محلة ليس له أن يحفظها في محلة أخرى فاذا تصور الاختلاف تقيد به فيضمن اذا خالف بخلاف ما اذا قال له بع نسيئة ولا تبع حالا حيث كان له أن يبيعه حالا عند عدم اختلاف السعر بينهما لانه مخالفة الى خير بيقين فهو نظير من لوكل شخصا يبيع عبده بألف درهم فباعه عن البيع بالزيادة فباعه الوكيل بالفين فانه يجوز لما قلنا فكذا هذا وهذا لان الشرط اذا كان غير مفيد لا يعتبر حتى اذا أودع وقال لا تضعها من يدك ليلا ونهارا لا يتقيد به لعدم الفائدة فيه ثم الالفاظ التي تفيد التقييد بالمذكور قوله خذ هذا مضاربة تعمل به في مصر لان قوله تعمل تفسير لقوله خذه مضاربة والكلام المبهم اذا تعقبه تفسير كان الحكم للتفسير وكذا قوله فاعمل به لانه في معنى التفسير لان الفاء للوصل والتعقيب والذي وصل الكلام المبهم وتعقبه كان تفسيرا له وكذا لو قال خذه مضاربة بالنصف بمصر لان الباء للالصاق فيقتضي أن يكون العمل فيه وكذا لو قال خذه مضاربة بالنصف في مصر لان في الظرف وانما تكون ظرفا اذا حصل الفاعل والفعل فيه وكذا اذا قال خذه مضاربة على أن تعمل بمصر لان على الشرط فيتقيد به ولو قال خذه مضاربة واعمل به في مصر لا يتقيد به حتى لا يضمن في العمل في غيره لان الواو للعطف والشيء لا يعطف على نفسه وانما يعطف على غيره وقد تكون للابتداء اذا كان بعدها جملة فيكون مشورة لا شرطا في الاول وفي الكافي ما يفيد التقييد من الالفاظ ستة دفعت اليك المال مضاربة على أن تعمل بالكوفة أو لتعمل به أو تعمل بالكوفة مجزوما أو مرفوعا أو فاعمل به بالكوفة أو قال دفعت اليك مضاربة بالنصف بالكوفة وما لا يفيد التقييد لفظان دفعت اليك مضاربة واعمل بالكوفة أو قال اعمل بالكوفة والضابط ان رب المال متى ذكر عقيب المضاربة ما لا يمكن التلفظ به ابتداء ويمكن جعله مبنيا على ما قبله يجعل مبنيا عليه كما في الالفاظ الستة وان استقام الابتداء به لا يبنى على ما قبله ويجعل مبتدأ كما في اللفظين الاخيرين وحينئذ تكون الزيادة شورى فكان له أن يعمل في الكوفة وغيرها ولو قال خذه مضاربة على أن تشتري به الطعام أو قال فاشتر به الطعام أو قال لتشتري به الطعام أو قال خذه مضاربة بالنصف في الطعام فهذا كله مفيد فيعتبر فيه التقييد به ولو قال على أن تشتري من فلان وتبيع منه صح التقييد وليس له أن يشتري ويبيع من غيره لان هذا التقييد مفيد لتفاوت الناس في المعاملة قضاء واقتضاء ولو قال على أن تشتري به من أهل الكوفة أو من الصيارفة وتبيع منهم فباع في الكوفة من غير أهلها أو من غير الصيارفة جاز لان المقصود من مثل هذا الكلام عادة التقييد بالمكان أو بالنوع فيقيد بالمكان والنوع حتى لا يجوز له أن يخرج من الكوفة في الاول ويبيع فيها من أهلها ومن غير أهلها ولا يجوز له أن يعمل في غير الصرف في الثاني ويشتري ويبيع من الصيارفة وغيرهم لان التقييد بالمكان والنوع مفيد فيعتبر ولا يفيد التقييد بأهل الكوفة والصيارفة لان كل واحد منهما جمع كثير لا يمكن احصاؤهم فيجتمع فيهم الصالح والطالح فلا يفيد التقييد بهم فلا يعتبر ويفيد التقييد بالمكان والنوع من حفظ المال على ما يرى هو فيعتبر وكذلك ان وقت المضاربة وقتا يتقيد به لانه توكيل فيتقيد به كما يتقيد بالنوع والمكان قال رحمه الله (ولم يشتر من يعتق على المالك) أي ليس له أن يشتري من يعتق على رب المال بقرابة أو بسبب يمين لان عقد المضاربة شرع لتحصيل الربح وذلك بالبيع بعد الشراء وفي التصرف فيه كثيرا والعتق ينافيه بخلاف الوكيل بشراء العبد حيث يجوز له أن يشتري من يعتق على الموكل لان التوكيل هنالك مطلق فيجري على اطلاقه وهنا مقيد عمال يمكن التجارة فيه حتى لو وجد في الوكالة أيضا ما يدل على التقييد بأن قال اشتر لي عبدا أبيعه أو قال أستخدمه أو جارية أطؤها كان الحكم كذلك ولو اشترى من يعتق على رب المال صار مشتريا لنفسه لان الشراء اذا وجد نفاذا نفذ على المشتري كالوكيل اذا خالف بخلاف ما اذا اشترى الوكيل من يعتق على الموكل حيث ينفذ على الموكل والفرق مامينا قال

(قوله عند عدم اختلاف العوضين) أي خلافا لزفر اه (قوله فانه يجوز) أي خلافا لزفر اه (قوله في الاول) أي في الكلام الاول اه (قوله أو مرفوعا) تعمل به بالكوفة اه (قوله كما في الالفاظ الستة) اذ لا يستقيم الابتداء بقوله على أن تعمل بالكوفة وكذلك في اخواتها فاعتبرت متعلقة بما قبلها فصارت بمعنى الشرط اه اتقاني رحمه الله (قوله كما في اللفظين الأخيرين) أي وهما قوله واعمل بالكوفة بالواو وغير الواو فانه يستقيم الابتداء لان الواو مما يجوز الابتداء به اه اتقاني (قوله وحينئذ تكون الزيادة شورى) كأنه قال ان فعلت كذا فهو أنفع وأحسن اه اتقاني (قوله أو بالنوع) أراد به الصرف اه اتقاني (قوله ويبيع من الصيارفة وغيرهم) أي ما يباع من الصرف اه اتقاني (قوله في المتن ولم يشتر من يعتق الخ) اذا اشترى المضارب جارية من مال المضاربة فليس لرب المال وطؤها سواء كان في ذلك المال ربح أو لم يكن وقسامه في السراج الوهاج اه وكتب ما نصه وان كان الذي دفع اليه المال مضاربة امرأة فاشترى به المضارب زوجها صح الشراء وبطل النكاح لانه دخل في ملكها بالشراء اه سراج وهاج (قوله أو بسبب يمين) أي بأن حلف بعتقه اذا ملكه اه

(قوله والمراد من ظهور الربح) سيأتي الكلام عليه بأتم من هذا في الحواشي الآتية وفي الأصل (قوله في المتن وضمن ان فعل) أي ضمن المضارب اذا اشترى من يعتق على رب المال أو عليه ونقد من مال المضاربة وهذا أولى من تقييد الشارح لان المصنف لم يذكر الحكم فيما اذا اشترى من يعتق على رب المال فيما تقدم بل أخره الى هنا اه قارئ الهداية رحمه الله (قوله فصار كما اذا ورثه مع غيره) أي كما اذا اشترت ابن زوجها فمات وتركت زوجا وأخا لا يضمن الزوج للاخ لعدم الصنع منه فكذا هنا اه اتقاني (قوله في المتن وسعى المعتق في قيمة نصيب رب المال منه) أي في قيمة نصيب رب المال من العبد وهو رأس المال ونصيب رب المال من الربح اه اتقاني رحمه الله (قوله في المتن معه ألف بالنصف) صورتها في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل دفع الى رجل ألف درهم مضاربة بالنصف فاشترى بها جارية تساوي ألفا فوطئها ثم جاءت بولد فزعم أنه ابنه (٩٩) ثم زاد الغلام حتى صار يساوي ألفا وخمسمائة

رحمه الله (أو عليه ان ظهر ربح) أي ليس للمضارب أن يشتري من يعتق عليه اذا كان في المال ربح لانه يعتق نصيبه ويفسد بسببه نصيب رب المال أو يعتق على الاختلاف الذي يبنا في العتق فيمتنع التصرف فيه والمراد من ظهور الربح المذكور هنا أن تكون قيمة العبد المشترى أكثر من رأس المال سواء كان في جملة مال المضاربة ربح أو لم يكن لانه اذا كان قيمة العين مثل رأس المال أو أقل لا يظهر ملك المضارب فيه بل يجعل مشغولا برأس المال حتى اذا كان رأس المال ألفا وصار عشرة آلاف درهم ثم اشترى المضارب من يعتق عليه وقيمته ألف أو أقل لا يعتق عليه وكذا لو كان له ثلاثة أولاد أو أكثر وقيمة كل واحد ألف أو أقل فاشتراهم لا يعتق منهم شيء لان كل واحد مشغول برأس المال ولا يملك المضارب منهم شيأ حتى تزيد قيمة كل عين على رأس المال على حدة من غير ضمه الى آخر قال رحمه الله (وضمن ان فعل) أي ضمن المضارب ان اشترى قريبه وقيمته أكثر من رأس المال لانه يصير مشتريا العبد لنفسه فيضمن بالنقد من مال المضاربة قال رحمه الله (وان لم يظهر ربح صح) أي ان لم يكن في قيمة العبد المشترى زيادة على رأس المال جاز شراؤه للمضاربة لانه اذا لم تزد قيمته على رأس المال لا يعتق عليه اذ لا ملك للمضارب فيه لكونه مشغولا برأس المال فيمكنه أن يبيعه للمضاربة فيجوز قال رحمه الله (فان ظهر عتق حظه) أي ان ظهر الربح في المشترى بعد الشراء بان كانت قيمته وقت الشراء قدر رأس المال أو أقل ثم زادت قيمته حتى صارت أكثر من رأس المال عتق نصيب المضارب لانه ملك بعض قريبه فوجب أن يعتق عليه بقدره قال رحمه الله (ولم يضمن لرب المال) لانه لا صنع له فيه وانما عتق عليه بطريق الحكم بسبب زيادة القيمة من غير اختياره فصار كما اذا ورثه مع غيره قال رحمه الله (وسعى المعتق في قيمة نصيب رب المال منه) لانه احتبست ماليته عنده فيضمنها كالعبد الموروث بين اثنين وأحدهما أبوه وفي الكافي لو اشترى نصفه عمال المضاربة ولا فضل فيه ونصفه عماله صح عليهما لان هذا النصف لا ربح فيه فلم يثبت العتق فيه وانما دخل العتق فيه حكما لما اشتراه لنفسه فلم يصر مخالفا والشريك في هذا والاب والوصي كالمضارب حتى لو اشترى أحد الشريكين عبدا هو ذو رحم محرم من الشريك الآخر نفذ على المشترى كما ينفذ على المضارب وكذا لو اشترى الاب أو الوصي للصغير عبدا هو ذو رحم محرم من الصغير أو المعتوه لا ينفذ عليهما وانما ينفذ على الاب أو الوصي لانه لا تظر فيه للصغير بخلاف العبد المأذون له فانه لو اشترى ذا رحم محرم من المولى يصح ثم ان لم يكن عليه دين يحيط برقبته وكسبه عتق على المولى وان كان عليه دين يحيط برقبته وكسبه لا يعتق عنده وعندهما يعتق بناء على انه هل يدخل في ملك المولى أم لا قال رحمه الله (معه ألف بالنصف)

والرجل المدعي موسر قال ان شاء رب المال استسعى الغلام في ألف ومائتين وخمسين وان شاء أعتق الغلام فاذا دفع اليه ألفا ثمن المدعي نصف قيمة الام الى هنا لفظ محمد في أصل الجامع الصغير وقوله والمدعي موسر أي المدعي للولد وهو المضارب وانما قيد بيساره نفيا للشبهة تردد بان يقال كان ينبغي أن يضمن المضارب نصيب رب المال اذا كان المضارب موسرا لان ضمان العتق يختلف باليسار والاعسار ولكنه لا يضمن وان كان موسرا لان نفوذ العتق بمعنى حكمي لا صنع للمضارب فيه على ما بيناه * اعلم أن الولد اذا لم تزد قيمته على ألف فدعوة المضارب باطلة لانه لا ملك له في واحد من الولد والام لان كل واحد منهما مشغول برأس المال وانتفى الملك لاحتمال تعلق

حقه به على تقدير ظهور الربح في الثاني ولا يثبت النسب لعدم الملك أصلا ويضمن العقر فيكون من المضاربة لانه بدل المنافع فصار كالكسب وله أن بيع الجارية والولد لا نهما مال المضاربة وقال بعض المشايخ هذا قول أبي حنيفة لانه لا يرى قسمة الرقيق فيعتبر رأس المال في كل عبد فلا يظهر الربح أما على قول أبي يوسف ومحمد يجوز قسمة الرقيق فتجعل الام والولد كعبد واحد فيظهر الربح فلك المضارب نصفه الربح فتصح دعوته فان لم يبع واحدا منهما حتى زاد الغلام فصار يساوي ألفا وخمسمائة نفذت الدعوة لان الدعوة كانت صحيحة في الظاهر حتى حلت لها على الصحة وهو فراش النكاح لكنها لم تنفذ لعدم الملك لانهما مشغولان برأس المال لانه يحتمل أن يهلك أحدهما فيتعين الآخر رأس المال فلا يظهر الربح فاذا جاء الملك بظهور الربح نفذت الدعوة وعتق الولد على المضارب لانه اذا اشترى عبدين بمال المضاربة وليس في كل واحد منهما فضل فالربح لا يظهر فيما عندنا خلافا لزفر فان صارت قيمة الغلام ألفا وخمسمائة

فالان ظهر الربح وهو خمسمائة ونصفه للمضارب وهو مائتان وخمسون فقد ملك المضارب شيأ من الولد فنفذت دعوته الموقوفة اه اتقانى (قوله سعى) أى الولد اه (قوله أو أعتقه) أى ان شاء رب المال أعتق نصيبه من الولد اه (قوله قبض) أى رب المال اه (قوله الالف) أى من الولد الذى استسعاه اه (قوله وهو ربعه) أى ربع رأس المال اه (قوله ولم يضمن المضارب الخ) قال الاتقانى ولا ضمان على المضارب لرب المال موسرا كان أو معسرا لانه حين ادعى لم تنفذ الدعوة لعدم الملك وحين نفذت الدعوة لم يوجد صنع من المضارب فلا يكون ضامنا لان ضمان العتق ضمان اتلاف فلا بد من الصنع ولم يوجد اه (قوله لان الحكم يضاف الى الوصف الاخير) على ما عليه عامة المشايخ اه اتقانى (قوله أصله وضع القفة الخ) قال فى الكافى فى باب اليمين بالطلاق والعتاق سفينة لا تحمل الا مائة من فأوقع فيها رجل منا زائدا على المائة فغرقت كان الضمان (٦٣) كله عليه اه (قوله والقدح الاخير) أى فى السكر اه (قوله ولا صنع للمضارب فى الملك) أى لانه بازدياد القيمة ولا صنع له فى ازدياد القيمة اه غاية (قوله لان ماليته) أى مالية الغلام اه (قوله فكانت) أى الام بمنزلة جارية مشتركة بين اثنين فاستولدها أحدهما فيصح استيلاده ويضمن لشريكه نصف قيمتها ونصف عقرها موسرا كان أو معسرا لانه ضمان تملك لانه ملك كسبها وخدمتها فصار ذلك الضمان ببدل والضمان اذا كان ببدل يستوى فيه اليسار والاعسار فلا يفتقر الى الصنع من جهته بخلاف ضمان العتق لانه ضمان اتلاف فلا بد من الصنع كذا فى شروح الجامع الصغير وغيرها وقال الامام الاسبيجابى فى شرح الطحاوى والاصل أن مال المضاربة اذا كان من جنس واحد كالكيلى والوزنى والعروض والحيوان التى تجرى القسمة فيها اذا كانت جماعة وفيها فضل على رأس المال يظهر للمضارب فيها نصيب نحو أن يصير كله حنطة أو كله دراهم أو دنانير أو عروضا أو حيوانا من جنس واحد سوى الرقيق أو ثيابا من جنس واحد حتى ان الزكاة تجب عليه اذا كان نصيبه منه يبلغ نصابا كاملا ولو صار مال المضاربة من أجناس مختلفة فكل جنس منها مشغول برأس ماله حتى انه لا يجب عليه شئ من الزكاة ويجب على رب المال زكاة ثلاثة أرباعها لانه يحصل له فى الحاصل هذا القدر لان رأس المال كان ألفا فاشترى ما يساوى ألفين ولو صار مال المضاربة رقيقا فانه ينظر ان كان واحدا وفيه فضل على رأس المال يظهر للمضارب فيه نصيب وهو نصف الفضل ولو كانوا جماعة قيمة كل واحد منهم رأس المال فلا يظهر للمضارب فيه نصيب ويكون كل واحد منهم مشغولا برأس المال فيكون كالاجناس المختلفة لانها لا تقسم قيل هذا على قول أبى حنيفة وعلى قولهما يقسم الرقيق فيظهر للمضارب نصيب من كل عبد قدر ربعه وهكذا ذكر الفقيه أبو الليث ولا كذلك سائر الحيوانات اذا كانت من جنس واحد وان كانت جماعة فانه ينظر الى قيمة الكل فان كان فى قيمة الكل فضل على رأس المال

اى مع المضارب (فاشترى به أمة قيمتها ألف فولدت ولدا يساوى ألفا فادعاه موسرا) أى ادعاه المضارب فى حال يساره (فبلغت قيمته ألفا وخمسمائة سعى لرب المال فى ألف وربعه) أى ربع الالف وهو مائتان وخمسون (أو أعتقه فان قبض الالف ضمن المدعى) وهو المضارب (نصف قيمتها) أى نصف قيمة الجارية وانما كان كذلك لان دعوة المضارب وقعت صحيحة ظاهرا لانه يحمل على أنه ولده من النكاح بأن يحمل أن البائع زوجها منه ثم باعها منه وهى حبلى منه حملا لامره على الصلاح لكن لا تنفذ هذه الدعوى لعدم الملك وهو شرط فيه اذ كل واحد من الجارية وولدها مشغول برأس المال فلا يظهر الربح فيه لما عرف أن مال المضاربة اذا صار أجناسا مختلفة كل واحد منها لا يزيد على رأس المال لا يظهر الربح عندنا خلافا لزفر رحمه الله لان بعضها ليس بأولى به من البعض فاذا كان كذلك لم يكن للمضارب نصيب فى الامة ولا فى الولد وانما الثابت له مجرد حق التصرف فلا تنفذ دعوته فاذا زادت قيمة الغلام وصارت ألفا وخمسمائة ظهر الربح فيه فى ذلك الوقت فملك المضارب منه نصف الزيادة فنفذت دعوته السابقة فيه لوجود شرطها وهو الملك بخلاف ما اذا أعتق الولد ثم ظهرت الزيادة حيث لا ينفذ اعتاقه السابق لان الاعتاق انشاء فاذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعده بحدوثه أما الدعوة فاخبار فاذا رد فى حق غيره فهو باق فى حق نفسه فاذا ملكه بعد ذلك نفذت دعوته فيه كما اذا أقر بحرية عبد لغيره يرد اقراره فاذا ملكه بعد ذلك صار حرا ولو أعتق عبد الغير ثم ملكه لا ينفذ عتقه لما قلنا فاذا نفذت دعوته صار الغلام ابنا له وعتق بقدر نصيبه منه وهو ربعه ولم يضمن المضارب حصة رب المال من الولد لان العتق ثبت بالملك والنسب فصارت العلة ذات وجهين والملك آخرهما وجودا فيضاف الحكم وهو العتق اليه لان الحكم يضاف الى الوصف الاخير أصله وضع القفة على السفينة والقدح الاخير والمرة الرابعة فى الزنا ولهذا قال الصديق رضى الله تعالى عنه للذى أقر بين يديه بالزنا ثلاث مرات اياك والرابعة فانها هى الموجبة ولا صنع للمضارب فى الملك فلا يجب عليه الضمان لعدم التعدى اذ لا يجب ضمان العتق الا بالتعدى فكان رب المال بالخيار ان شاء أعتق نصيبه من الغلام وان شاء استسعاه لان ماليته احتبست عنده على ما مر فى الاعتاق فاذا اختار الاستسعاء استسعاه فى ألف ومائتين وخمسين لان الالف مستحق له برأس المال ومائتين وخمسين نصيبه من الربح فاذا قبض منه ألف درهم صار مستوفيا لرأس ماله وظهر أن الام كلها ربح لفراغها عن رأس المال فكانت بينهما نصفين ونفذ فيها دعوة المضارب وصارت كلها أم ولد له

كان للمضارب نصف الفضل كذا في شرح الطحاوي اه اتقاني (قوله ولهذا الوارث أم ولده الخ) بأن استولد جارية بالنكاح ثم ملكها هو وغيره ورثه يضمن نصيب شريكه اه (قوله ويضمن أيضا نصف عقرها) تقدم أنه يحمل على الاستيلاد بالنكاح فكيف يجب العقر اه من خط قارئ الهداية

﴿باب المضارب يضارب﴾

لما ذكر حكم دفع المال مضاربة من رب المال الى غيره ذكر حكم دفع المضارب الى غيره مضاربة لان الاولى مضاربة مفردة وهذه مركبة والمركب بعد المفرد وجودا وعدما اه اتقاني (قوله في المتن فان ضارب المضارب بلا اذن) أي أو تفويض بان لم يقل له رب المال اعمل برأيك لانه اذا قيل له ذلك يملك أن يضارب حينئذ اه (قوله لم يضمن بالدفع مالم يتصرف) أي عند أبي يوسف اه (قوله وروى الحسن عن أبي حنيفة) هو رواية محمد بن شجاع عن الحسن عن أبي حنيفة اه (قوله وهو رواية عن أبي يوسف) والحاصل أنه لا ضمان على واحد منهما قبل عمل الثاني في ظاهر الرواية عن علمائنا الثلاثة واذا عمل الثاني بالمال ان عمل عملا لم يدخل تحت المضاربة بان وهب المضارب الثاني المال من رجل أو استهلكه فالضمان على الثاني دون الاول وان عمل عملا دخل تحت المضاربة بان اشترى بالمال شيأ فان ربح فعليهما الضمان وان لم يربح فلا ضمان على واحد منهما في ظاهر الرواية اه اتقاني (قوله ووجه الظاهر)

لان الاستيلاد اذا صادف محلا يحتمل النقل لا يتجزأ بالاجماع ويجب نصف قيمتها لرب المال موسرا كان أو معسرا لانه ضمان التملك وهو لا يختلف باليسار والاعسار ولا يتوقف على التعدي لانه ضمان تملك ولهذا الوارث أم ولده مع غيره يتملكها كلها ويجب عليه أن يضمن حصة غيره من قيمتها موسرا كان أو معسرا بخلاف ضمان الاعتاق فانه ضمان افساد لا تملك وهو متوقف من تصرفه في ملكه فلا يجب عليه بغير تعد ولا على معسر واشتراط اليسار هنا ليعلم أنه لا يجب على أحد وانما شرط قبض رب المال الالف من الغلام حتى تصير الجارية أم ولد للمضارب لانها مشغولة برأس المال فاذا قبضه من الغلام فرغت عن رأس المال وصارت كلها ربحا فظهر فيها ملك المضارب فصارت أم ولده لما ذكرنا فان قيل لم لا يجعل المقبوض من الولد من الربح وهو ممكن بأن يجعل الولد كله ربحا وهي مشغولة برأس المال على حالها قلنا المقبوض من جنس رأس ماله فكان هو أولى بجعله من رأس ماله ولان رأس المال مقدم على الربح اذ لا يسلم لهما شئ من الربح الا بعد سلامة رأس المال لرب المال فكان جعله به أولى بعد وصوله الى يده ولو لم تزد قيمة الولد على ألف وزادت قيمة الام حتى صارت ألفا وخمسمائة صارت الجارية أم ولد للمضارب ويضمن لرب المال ألف درهم ومائتين وخمسين درهما لانها لما زادت قيمتها ظهر فيها الربح وملك المضارب بعض الربح فنفذت دعوته فيها ويجب عليه لرب المال رأس ماله وهو ألف ويجب عليه أيضا نصيبه من الربح وهو مائتان وخمسون فاذا وصل الى يده ألف استوفى رأس المال وصار الولد كله ربحا فملك المضارب منه نصفه فيعتق عليه وما لم يصل الى رب المال الالف فالولد رقيق على نحو ما ذكرنا في الام ثم يأخذ منه مائتين وخمسين على انه نصيبه من الربح ولو زادت قيمتها عتق الولد وصارت الجارية أم ولده لان الربح ظهر في كل واحد منهما ويأخذ رأس المال من المضارب لان ما وجب عليه أيسر المالين لانه معجل وهو موسر والسعاية مؤجلة والعبد معسر ويأخذ منه أيضا ما بقي من نصيبه من الربح ويضمن أيضا نصف عقرها لانه لما استوفى رأس المال ظهر أن ربح ان عقر مال المضاربة يكون للمضاربة ويسعى الغلام في نصيب رب المال ويسقط عنه نصيب المضارب والله أعلم

﴿باب المضارب يضارب﴾

قال رحمه الله (فان ضارب المضارب بلا اذن لم يضمن مالم يعمل الثاني) أي اذا دفع المضارب المال مضاربة بغير اذن رب المال لم يضمن بالدفع مالم يتصرف الثاني وهذا ظاهر الرواية وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله انه لا يضمن حتى يربح وقال زفر رحمه الله يضمن بالدفع تصرف أو لم يتصرف وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله لانه ليس له أن يدفع المال على وجه المضاربة لان العقد لا يقتضي مثله على ما بيناه فيضمن الاول بالدفع والثاني بالاخذ لان كلا منهما متعد كالمودع اذا أعار الوديعة بغير اذن صاحبه ووجه الظاهر أن الدفع ايداع حقيقة وانما تقرر كونه للمضاربة بالتصرف ووجه المروي عن أبي حنيفة رحمه الله أن العقد المجرد لا يوجب الضمان ولهذا لا يضمن المتفاوض بمجرد بيع مال الغير ولا بالتسليم لاجل التصرف

قال الاتقاني ووجه قوله ما وهو ظاهر الرواية عن أبي حنيفة أن مجرد الدفع لا تعلق به ضمان الا ترى أن المضارب له أن يودع ويبضع فلم يضمن بمجرد الدفع لعدم تحقق المخالفة بخلاف ما اذا تصرف الثاني حيث يجب الضمان لانه حصل العمل في المال على وجه لم يرض به المالك فتحقق الخلاف فوجب الضمان فجعل الامر مراعى أي موقوفا قبل العمل حتى اذا عمل الثاني وجب الضمان والا فلا اه (قوله ولا بالتسليم) يعني لا يجب الضمان على المضارب بالتسليم الى المضارب الثاني اه

(قوله بغير اذنه) يعني اذا دفع المال مضاربة وعمل الثاني ثبت الضمان مستندا الى وقت الدفع اه ولا مخالفة حينئذ بين هذا وبين ما تقدم من قوله لم يضمن بالدفع مالم يتصرف اه (قوله لانه بأداء الضمان الخ) قال الاتقاني لانه لما ضمن ملك بالضمان اه (قوله يرجع بما ضمن على الاول) أي لانه غرمه بالعقد فصار كمودع المودع اه اتقاني (قوله اذ هو مغدور) بالدال المهملة من الغدر كذا السماع اه غاية والذي بخط الشارح وهو الذي يلقى مغرور بالراء اه (قوله كمودع الغاصب) يعني أن مودع الغاصب اذا ضمن يرجع على الغاصب بما ضمن اه اتقاني (قوله لانه لما كان قرار الضمان عليه) (٦٤) أي المضارب الاول اه (قوله ولا يطيب للاول) أي في قياس قول أبي حنيفة اه وكتب ما نصه قال في شرح الكافي ولو كان المضارب الثاني لم يعمل بالمال حتى ضاع في يده فلا ضمان على واحد من المضاربين لان الضمان لا يجب بمجرد الدفع اذ هو حفظ وصيانة وله أن يأمر غيره بالحفظ وانما يجب بالتصرف وقد انعدم التصرف ههنا ولو استهلك المضارب الثاني المال كان الضمان عليه خاصة لانه غير مستند الى أمره فانقطعت اضافته عنه اه اتقاني (قوله فلا يخلو عن شبهة) أي لان الثابت بالاستناد ثابت من وجه دون وجه فلا يثبت الملك من كل وجه فيتمكن الخبث في الربح ولا يطيب اه اتقاني (قوله هذا) أي ما تقدم من ضمان الاول أو الثاني محله ما اذا كانت المضاربتان الخ اه (قوله وان كانت هي الاولى) أي فقط وكانت الثانية جائزة اه (قوله وكانا أجيرين) وللمضارب الاول أجر مثله لان عمل الثاني وقع له فكأنه عمل بنفسه والثاني على الاول مثل ما شرط له من الربح لانه عمل بمضاربة صحيحة فاستحق ما سمي له اه اتقاني (قوله وكذا اذا كانتا فاسدتين) قال الاتقاني وهذه الفصول الاربعة جوابها في الاصل اه وقوله الفصول الاربعة وهي أن تكون المضاربتان جائزتين أو فاسدتين أو الاولى جائزة والثانية فاسدة أو عكسه اه (قوله لا يضمن واحد منهما) أي لان المضارب الاول أجير في المال والثاني أجير الاول فصار كمن استأجر رجلا يعمل في ماله فاستأجر الاجير رجلا اه غاية (قوله فيتصرف ذلك الى نصيبه) أي الى نصيب المضارب الاول اه

لانه ابداع وهو عمل ذلك ولا بالتصرف لانه وكيل فيه على ما بينا من قبل وهو له أن يوكل وهذا لانه انما يصير ضامنا بالمخالفة وبهذه الاشياء لا يصير مخالفا ألا ترى أن له أن يفعل كل واحد منها على الانفراد فلا يكون ضامنا به لكن اذا ربح أثبت الشركة فيه واثبات الشركة في مال الغير سبب للضمان كما اذا خلطه بمال غيره ثم رب المال بالخيار ان شاء ضمن الاول رأس ماله لانه صار غاصبا بالدفع الى غيره بغير اذنه وان شاء ضمن الثاني لانه قبض مال الغير بغير اذن صاحبه وهذا ظاهر على أصلهما لانهما يوجبان الضمان على مودع المودع وأما عند أبي حنيفة رحمه الله فقد قيل ينبغي أن لا يضمن الثاني كمودع المودع وقيل يضمن الثاني عنده أيضا لانه قبضه لنفع نفسه بخلاف مودع المودع فانه يقبضه لمنفعة صاحب المال فان ضمن الاول صحت المضاربة بين الاول والثاني والربح بينهما على ما شرطا لانه بأداء الضمان ملكه من وقت خالف فصار كما لو دفع مال نفسه مضاربة الى الثاني وان ضمن الثاني يرجع بما ضمن على الاول لانه التزم لسلامة المتبوض له عن الضمان فاذا لم يسلم له رجع عليه بالمخالفة اذ هو مغرور من جهته كمودع الغاصب وصحت المضاربة بينهما لانه لما كان قرار الضمان عليه ملك المدفوع مستندا الى وقت التعدي فتبين أنه دفع مضاربة ملك نفسه ويكون الربح بينهما على ما شرطا لصحة المضاربة ويطيب للثاني ما ربح لانه يستحقه بالعمل ولا يخبث في عمله ولا يطيب للاول لانه يستحقه برأس المال وملكه فيه ثبت مستندا فلا يخلو عن شبهة فيكون سبيله التصدق هذا اذا كانت المضاربتان صحيحتين وأما اذا كانت احداهما فاسدة أو كلاهما فلا ضمان على واحد منهما لانه ان كانت الثانية هي الفاسدة صار أجيرا على ما بينا وللاول أن يستأجر من يعمل في المال وان كانت هي الاولى فكذلك لان فسادها يوجب فساد الثانية لان الاولى لما فسدت صارت اجارة وصار الربح كله لرب المال ولو صحت الثانية في هذه الحالة لصار الثاني شريكا وليس للاجير أن يشرك غيره بل المضارب لا يملك ذلك فكانت فاسدة بالضرورة وكانا أجيرين وكذا اذا كانتا فاسدتين فاذا كانا أجيرين لا يضمن واحد منهما ولا يقال الاجير ليس له أن يستأجر للعمل فكيف جاز هنا للمضارب الاول أن يستأجر بعد ما فسدت الاولى وهو أجير فيها لانا نقول الفاسد من العقود معتبر بالصحيح منها فلما كان له أن يستأجر في المضاربة الصحيحة كان له أن يستأجر في الفاسدة أيضا قال رحمه الله (فان دفع باذن بالثلث وقبل له مارزق الله بيننا نصفان فللمالك النصف وللاول السدس وللثاني الثلث) أي دفع المضارب الاول الى المضارب الثاني بالثلث وكان رب المال قال للاول على أن مارزق الله بيننا نصفان وربح الثاني فلرب المال النصف وللمضارب الاول السدس وللمضارب الثاني الثلث لان الدفع الى الثاني صحيح لانه بأمر المالك ورب المال شرط لنفسه نصف جميع مارزق الله تعالى وقد جعل الاول للثاني ثلثه فيتصرف ذلك الى نصيبه لانه لا يقدر أن ينقص من نصيب رب المال شيأ فبقي له السدس ويطيب ذلك لكلهم لان رب المال يستحقه بالمال لانه غاء ملكه والمضارب الاول والثاني يستحقانه بالعمل لان عمل الثاني وقع عنهما فصار نظير من استأجر خياطا ليخيط له ثوبا بدرهم واستأجر هو غيره

(قوله وزاد قيمة الثوب) هذه الجملة لم يذكرها الكاكي وذكر ما قبلها اه وكتب على قوله (٦٥) وزاد قيمة الثوب ما نصه عليك بالتأمل في معناه اه (قوله في المتن ولا شيء للاول) أي لانه جعل ماله لغيره فلا يبقى له شيء اه اتقاني (قوله ولانه غرة في ضمن عقد المضاربة) وانما قيد الغرور بضمن العقد قال الاتقاني لان الغرور اذا لم يكن في ضمن العقد لا يجب الضمان كما اذا قال لآخر هذا الطريق آمن فاسلكها فسلكها فقطع عليه الطريق لا يجب الضمان اه (قوله في المتن ولعبده) أي لعبد رب المال والتقييد بعبد رب المال لا للشرط لان حكم عبد المضارب كذلك وكذا لو شرط لاجنبي (قوله اذا شرط المضارب لرب المال الخ) وأما اذا شرط الثلث لابن المضارب أو لزوجته فالمضاربة جائزة وما شرط لابن المضارب فهو لرب المال لان ابن المضارب لا يجوز أن يستحق من غير مال ولا عمل اه فصار المشروط مسكوتا عنه وما سكت عنه من الربح فهو لرب المال اه اتقاني (قوله فكأنه شرط للولى ثلثي الربح) وعلى هذا فاو شرط ثلث الربح لقضاء دين المضارب أو لقضاء دين رب المال لان المشروط في قضاء دين أحدهما مشروط له اه اتقاني (قوله والا فهو للولى) أي لانه لا يجوز أن يستحق ربح في المضاربة من غير عمل ولا مال اه (قوله فيكون له) أي لرب المال اه

شيء ليخيط له ذلك الثوب بنصف درهم وزاد قيمة الثوب طاب لهم جميعا ما قلنا فهذه لا شبهة فيها وهي تجارة حسنة حيث يستحق الاول سدس الربح وهو قاعد قال رحمه الله (ولو قيل ما رزقك الله بيننا نصفان) أي قال رب المال للاول ذلك والمسئلة بحالها (فللثاني ثلثه والباقي بين الاول والمالك نصفان) لان رب المال هنا شرط أن يكون ما رزق الله المضارب الاول بينهما نصفين والمرزوق للاول هو الثلثان لان الثلث استحقه الثاني بشرط الاول وهو مأذون له فيه فلم يكن من رزق الاول الا الثلثان فيكون ذلك بينهما نصفين ويطيب لهم بلا شبهة أيضا لما ذكرنا وهذه أحسن في حق الاول قال رحمه الله (ولو قال له ما ربحت بيننا نصفان ودفع بالنصف فللثاني النصف واستوى فيما بقي) أي قال رب المال للمضارب الاول أي شيء ربحت فهو بيننا نصفان ثم دفع الاول للثاني بالنصف فللثاني نصف الربح لان الاول شرط له ذلك وشرطه صحيح لانه باذن المالك والباقي وهو النصف استوى فيه رب المال والمضارب الاول فيكون بينهما نصفين لان رب المال لم يشترط لنفسه هنا الا نصف ما ربحه الاول ولم يربح هو الا النصف والنصف الآخر صار للثاني بشرطه فلم يكن من ربح الاول وهذه مثل المسئلة الثانية غير ان المشروط فيها للثاني الثلث فيبقى لهما الثلثان وفي هذه النصف فيبقى لهما النصف قال رحمه الله (ولو قيل له ما رزق الله فلي نصفه أو ما كان من فضل فبيننا نصفان فدفع بالنصف فللمالك النصف وللثاني النصف ولا شيء للاول) لان قول رب المال ما رزق الله أو ما كان من فضل ينصرف الى جميع الربح فيكون له النصف من الجميع وقد شرط المضارب الاول للثاني نصف جميع الربح فيكون له أيضا النصف فلم يبق للاول شيء من الربح فيخرج بغير شيء كمن استأجر رجلا ليخيط له ثوبا بدرهم فاستأجر الاجير غيره ليخيط ذلك الثوب بدرهم بخلاف ما اذا قال ما ربحت بيننا نصفان أو ما رزق الله حيث يكون لرب المال فيما نصف ما بقي من الثاني وهي المسئلة المتقدمة على ما بينا والاصل فيه أن رب المال متى ما شرط لنفسه نصف الربح أو ثلثه فله ما شرط من جميع الربح وان شرط لنفسه نصف ما ربحه المضارب الاول أو ثلثه فله ما شرط مما فضل من نصيب الثاني فلا يمكن أن يخرج الاول في هذه بغير شيء وفي الاولى يمكن على ما رأيت ويمكن أن يضمن للثاني أيضا على ما تبين قال رحمه الله (ولو شرط للثاني ثلثيه والمسئلة بحالها ضمن الاول للثاني سدسا) أي سدس الربح من ماله لان رب المال شرط لنفسه النصف من مطلق الربح فله ذلك واستحق المضارب الثاني ثلثي الربح بشرط الاول لان شرطه صحيح لكونه معلوما لكن لا ينفذ في حق رب المال اذ لا يقدر أن يغير شرطه فيغرم له قدر السدس لانه ضمن له سلامة الثلثين بالعقد ولانه غره في ضمن عقد المضاربة وهو أيضا سبب للرجوع كمن استأجر رجلا لخياطة ثوب بدرهم فدفعه الاجير الى من يخيطه بدرهم ونصف قال رحمه الله (وان شرط للمالك ثلثه ولعبده ثلثه على أن يعمل معه ولنفسه ثلثه صح) أي اذا شرط المضارب لرب المال ثلث الربح ولعبد رب المال ثلث الربح على أن يعمل العبد مع المضارب ولنفسه ثلث الربح جاز لان اشتراطه للعبد يكون اشتراطا للمولى فكأنه شرط للمولى ثلثي الربح واشتراط عمل العبد غير مفسد لانه من أهل أن يضارب في مال مولاه وللعبد يد حقيقة ولهذا لو كان يكون للمولى ولاية أخذه أو دعه العبد وان كان محجورا عليه لاسيما هنا لانه يكون العبد مأذونا له باشتراط العمل عليه فلا تكون يد مولاه ثابتة فيه بعد التسليم اليه فصحت المضاربة لزوال يد المولى عن المال بخلاف ما اذا شرط عمل رب المال لان بقاء يده يمنع تسليم المال الى المضارب فلا يجوز ثم ان لم يكن على العبد دين فهو للمولى سواء شرط فيها عمل العبد أو لم يشرط وان كان عليه دين فهو لغرمائه ان شرط عمله وان لم يشترط عمله فهو للمولى وهذا ظاهر لانه باشتراط عمله صار مختارا في مال مولاه فيكون كسبه له فيأخذه غرماؤه والا فهو للمولى وان لم يشترط عمله فهو أجنبي عن العقد فكان المشروط كالمسكوت عنه فيكون له لانه غاية ملكه اذ لا يشترط بيان نصيبه وانما يشترط بيان نصيب المضارب لكونه كالاجير وكذلك اذا شرط الثلث لعبد المضارب يصح سواء اشترط عليه العمل

(قوله فيكون كأنه شرط للمولى من الابتداء) أي فيكون للمضارب الثلثان ولرب المال الثلث اه (قوله فبطل) فصار كالسكوت عنه وماسكت عنه فهو لرب المال كما تقدم اه (قوله في المتن وتبطل بموت أحدهما) لأن المضارب يتصرف في المال باذن رب المال كالوكيل فاذا مات رب المال بطل الاذن فلم يجز التصرف في مال الغير بغير اذنه وكذلك اذا مات المضارب تبطل المضاربة لانه بمنزلة الوكيل وموت الوكيل يبطل الوكالة ولا ينتقل ذلك الى ورثته فكذلك هذا قاله الاتقاني رحمه الله ثم قال اعلم أن عقد المضاربة بمنزلة الوكالة الخاصة لكن يفترقان في مسائل منها ما ذكره شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي في باب شراء المضارب وبيعه واذا أراد المضارب أن يرد عبدا قد اشتراه بالعيب فطلب البائع يمين المضارب ما رضي بالعيب ولا عرضه على البيع منذ اشتراه فنكل المضارب عن اليمين بقي العبد على المضاربة لان أقصى ما في الباب أن يجعل هذا شراء مبتدأ ولو اشتراه ابتداء صح فكذا اذا استرد بالعيب وكذلك لو أقر بالعيب يلزمه العبد على المضاربة بما ذكرنا بخلاف الوكيل لانه لا يملك الشراء فلا يصح اقراره ومنها ما ذكر في شرح الكافي أيضا في باب المضارب يدفع المال مضاربة واذا دفع الرجل الى الرجل ألف درهم مضاربة بالنصف وقال له اعمل فيه برأيك فدفعه المضارب الى رجل مضاربة بالثلث فعمل به فربح فللمضارب الآخر ثلث الربح وللاول سدسه ولرب المال نصفه فان دفع الثاني الى ثالث مضاربة

وقد كان قال الثاني اعمل فيه برأيك له أن يشارك به وأن يخلطه بماله فرق بين هذا وبين الوكيل اذا قال اعمل برأيك كان للوكيل أن يوكل غيره ولو قال الوكيل الأول الثاني اعمل فيه برأيك لم يكن للثاني أن يوكل غيره لان الاول استفاد ولاية التوكيل بالاذن والاذن وجد في حقه خاصة فلا تثبت هذه الولاية بخلاف المضارب لانه استفاد هذه الولاية بعقد الشركة لانه استفاد ولاية التجارة مطلقا بقوله اعمل فيه برأيك فيملك جميع أنواع التجارات وهذا نوع تجارة فملك التفويض الى غيره ومنها أن الوكيل اذا دفع اليه الثمن قبل الشراء وهلك في يده بعد الشراء فانه يرجع به على الموكل ثم لو هلك ما أخذه ثانيا لا يرجع به مرة المضارب أخرى والمضارب يرجع على رب المال مرة بعد أخرى الى أن يصل الثمن الى البائع وهو مذكور في الهداية قبيل فصل في الاختلاف من كتاب المضاربة والفرق أن الثمن اذا توى في يد الوكيل قبل التسليم الى البائع رجع به على الموكل ثم لو توى ثانيا لم يملك الرجوع لان الوكيل يتصرف لنفسه ولهذا كانت العهدة عليه لكن لما أدى الثمن بامره كان له أن يرجع عليه واذا رجع مرة أخرى فقد قبض ما وجب له على الموكل وبرئت ذمته فلا يرجع ثانيا بخلاف المضارب فانه قابض للمضاربة لا لنفسه لانه عامل للمضاربة كذا قال شيخ الاسلام علاء الدين في باب المضاربة في المضاربة ومنها أن المضارب اذا اشترى بمال المضاربة عروضا ثم عزله رب المال عن المضاربة لم يعمل عزله وان علم بعزله وسيجيء ذلك في المتن بعد خطوط وذلك لانه لا يملك حجره في هذه الحالة لتعلق حق المضاربة به وهو حق البيع ليربح عليه بخلاف الوكيل لانه ينعزل اذا علم لانه لم يتعلق حقه به ومنها (١)

أولم يشترط ان لم يكن عليه دين لأن ما شرطه للمولى فيكون كأنه شرط للمولى من الابتداء وان كان عليه دين ان شرط عمله جاز وكان المشروط لغرمائه وان لم يشترط عمله لا يجوز ويكون ما شرطه لرب المال عند أبي حنيفة رحمه الله لان المولى لا يملك كسب عبده المديون عنده فلا يكون المشروط للعبد مشروطا للمولى فتعذر تصحيحه له وكذا لا يمكن جعله للعبد من غير عمل فبطل بخلاف ما اذا شرط لعبد رب المال بلا عمل فان العبد ان لم يستحقه يبقى في ملك رب المال فيكون له لانه غاما ملكه وعندهما المولى يملك كسب عبده المديون فاشتراطه للعبد يكون اشتراطا للمولى فيصح هذا اذا كان العاقد هو المولى ولو عقد العبد المأذون له عقد المضاربة مع أجنبي وشرط العمل على مولاه لا يصح ان لم يكن عليه دين لانه اشتراط العمل على المالك بخلاف العكس وان كان على العبد دين صح عند أبي حنيفة رحمه الله لان المولى لا يملك كسب عبده المديون فصار من أهل أن يعمل في مال المضاربة وعندهما يملك كسب عبده المديون فلا يجوز ولو شرط بعض الربح لمكاتب رب المال أو المضارب ان شرط عمله جاز عمله وكان المشروط له لانه صار مضاربا له باشتراطه العمل عليه وهو من أهل أن يضارب في مال مولاه لانه كالاجنبي عنه وان لم يشترط عمله لا يجوز لان هذا ليس بمضاربة وانما المشروط هبة موعودة فلا يلزم وعلى هذا غيره من الاجانب ان شرط له بعض الربح وشرط عليه عمله صح والا فلا ويعلم مما ذكرنا أن اشتراط عمل العبد مع المضارب في المختصر وقع اتفاقا أو اعلاما أن يده ليست يد المولى حتى لا تمنع صحة المضاربة بخلاف اشتراطه على المولى قال رحمه الله (وتبطل بموت أحدهما) لان المضاربة وكالة وهي تبطل به ولا تورث وقد عرف في موضعه قال رحمه الله (وبلحوق المالك مرتدا) يعني تبطل المضاربة بلحوق رب المال بدار الحرب مرتدا لان اللحوق بمنزلة الموت ولهذا يورث ماله وتعتق أمهات أولاده ومدبروه وقبل لحوقه يتوقف تصرف مضاربه عند أبي حنيفة رحمه الله على النفاذ بالاسلام أو البطلان بالموت أو القتل لانه يتصرف له فصار كتصرفه بنفسه ولو كان

(١) قول الحشي ومنها هكذا في الاصل وكتب الناسخ بعده لم يكتب الحشي كما جرت بذلك عادته اه مصححه

(قوله فالمضاربة على حالها عندهم) قال فى المجمع وتبطل بموت رب المال وبردته وبلحاقه وبموت المضارب دون ردته اه

المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها عندهم لان تصرفاته انما توقفت لكن توقفه فى ملكه ولا ملك له هنا فى مال المضاربة وله عبارة صحيحة فلا يتوقف فى ملك رب المال فبقيت المضاربة على حالها قال رحمه الله (وينعزل بعزله ان علم) أى ينعزل المضارب بعزل رب المال اياه بشرط أن يعلم العزل لانه وكيل من جهته فيشترط فيه العلم بعزله على ما بينا فى الوكالة قال رحمه الله (وان علم والمال عروض باعها) أى علم المضارب بالعزل ومال المضاربة عروض باع العروض ولا ينعزل من ذلك لان له حقا فى الربح ولا يظهر الا بالنض فثبت له حق البيع ليظهر ذلك قال رحمه الله (ثم لا يتصرف فى ثمنها) لان البيع بعد العزل كان للضرورة حتى يظهر الربح ان كان فيه ولا حاجة اليه بعد النض فصار كما اذا عزله بعد ما نض وصار من جنس رأس المال ولو عزله والمال نقود لكن من خلاف جنس رأس المال ليس له أن يبيعه بجنس رأس المال قياسا لان النقدين جنس واحد من حيث الثمنية وفى الاستحسان له أن يبيعه بجنس رأس المال لان الواجب على المضارب أن يرد مثل رأس المال وانما يتحقق ذلك برد جنسه فكان له أن يبيعه ضرورة وموته وارتداده مع اللحوق وجنونه مطبقا والمال عروض كعزله والمال عروض حتى لا يمنعه موت رب المال من بيعه كما لا يمنعه عزله منه لان جواز بيعه بعد العزل لاجل حق المضارب لاحتمال أن يكون فيه ربح فيظهر وذلك لا يختلف بين أن يكون العزل حكميا أو قصديا لان حقه ثابت فيه على كل حال بخلاف ما اذا لم يكن له فيه حق بأن نض كله أو كان وكيلا لا مضاربا حيث يختلف فيه بين العزل القصدى والحكمى حتى لا ينعزل فى القصدى الا اذا علم وفى الحكمى ينعزل علم أو لم يعلم على ما بينا من الفرق بينهما فى الوكالة وهنا لا فرق بينهما لان المانع هو ثبوت حقه وهو ثابت فيه على كل حال والدليل على أنهما يستويان فيه أن العلم بالعزل لا تأثير له هنا فكذا كونه حكميا لان القصدى بعد العلم يساوى الحكمى مطلقا قال رحمه الله (ولو افترقا وفى المال ديون وربح أجبر على اقتضاء الديون) لانه كالاجير والربح كالاجرة له وقد سلم له ذلك فيجبر على اتمام عمله كما فى الاجارة الصحيحة قال رحمه الله (والا لا يلزمه الاقتضاء) أى ان لم يكن فى المال ربح لا يلزمه الاقتضاء لانه وكيل محض وهو متبرع ولا جبر على المتبرع على انهاء ما تبرع به ولهذا لا يجبر الواهب على التسليم ولا يقال الرد واجب عليه وذلك انما يكون بالتسليم كما أخذه لانا نقول الواجب عليه رفع الموانع وذلك بالتخلية لا بالتسليم حقيقة قال رحمه الله (ويوكل المالك عليه) أى يوكل المضارب المالك وهو رب المال على الاقتضاء لان حقوق العقد تتعلق بالعاقد ورب المال ليس بعاقد فلا يتمكن من المطالبة الا بتوكيله فيؤمر بالتوكيل كيلا يضيع حقه وعلى هذا كل وكيل بالبيع وكل مستبضع اذا امتنع من التقاضى لا يجبر على التقاضى ولكن يجبر على أن يحيل صاحب المال كيلا يضيع حقه قال رحمه الله (والسمسار يجبر على التقاضى) لانه يبيع ويشترى للناس عادة بأجرة فجعل ذلك بمنزلة الاجارة الصحيحة بحكم العادة فيجب عليه التقاضى والاستيفاء لانه وصل اليه بدل عمله فصار كالمضارب اذا كان فى المال ربح والسمسار بكسر الاول المتوسط بين البائع والمشترى فارسية معربة والجمع السماسرة يبيع ويشترى للناس بأجرة من غير أن يستأجر ولو استؤجر بأجرة معلومة على أن يشترى أو يبيع شيأ معلوما لا تجوز الاجارة لانه استؤجر على عمل لا يقدر على اقامته بنفسه فان الشراء والبيع لا يتم الا بمساعدة غيره وهو البائع والمشترى فلا يقدر على تسليمه والحيلة فى جوازه أن يستأجره يوما للخدمة فيستعمله فى البيع والشراء الى آخر المدة لان العقد يتناول المنفعة وهى معاومة ببيان قدر المدة وهو قادر على تسليم نفسه فى المدة ولو عمل من غير شرط وأعطاه شيأ لا بأس به لانه عمل معه حسنة فجازاه خيرا وبذلك جرت العادة وما رآه المؤمنون حسنا فهو عند الله تعالى حسن قال رحمه الله (وما هلك من مال المضاربة فمن الربح) لان تابع ورأس المال أصل لتقرره وجوده بدون الربح لا العكس فوجب صرف الهالك الى التبع لاستحالة بقائه بدون الاصل كما يصرف الهالك

لان العقد جعله أمينا فلا يملك ان يجعل نفسه ضمينا فيما جعل العقد أمينا اه غاية

(قوله لان تصرفاته) أى تصرفات المرتد اه (قوله ولا يظهر الا بالنض) فى المغرب نضض الماء خرج وجه من الحجر أو نحوه وسيلانه قليلا قليلا من حد ضرب ومنه خذ ما نض لك من دينك أى ما تيسر وحصل وفى الحديث يقتسمان ما نض بينهما من العين أى صار ورقا وعينا بعد ان كان متاعا والناض عند أهل الحجاز الدراهم والدنانير اه كاكى وقوله عند أهل الحجاز الدراهم والدنانير منه ما ذكره فى الفائق فى حديث عمر رضى الله عنه كان يأخذ الزكاة من ناض المال هو ما نض منه أى صار ورقا وعينا بعد ان كان متاعا اه اتقانى (قوله لكن من خلاف جنس رأس المال) أى بأن يكون رأس المال دراهم والناض دنانير أو على العكس اه اتقانى (قوله فى المتن ولو افترقا) المراد من افتراق رب المال والمضارب فسخهما عقد المضاربة اه اتقانى (قوله فى المتن والا لا يلزمه الاقتضاء) وقال الشافعى يلزمه الاقتضاء وان لم يكن فى المال ربح كذا فى شرح الاقطع اه اتقانى (قوله لان حقوق العقد تتعلق بالعاقد) أى ولو ثمن العاقد لرب المال هذا الدين عن الذى عليه الدين لم يجز ضمانه

(قوله الى العفو فى الزكاة) اى عند أبى حنيفة وأبى يوسف اه اتقانى (قوله اذ لا يتصور بقاء التبع الخ) قال فى قسم المبسوط من الشامل ولو ربح ألفين فأخذ رب المال رأس ماله ألفا وأخذ المضارب من الالفين حصته ألفا ولم يأخذ رب المال حصته حتى هلك رد المضارب نصف ما أخذ من الربح لان رب المال ما لم يأخذه فهو على المضاربة وصار كأنه لم يكن الربح الا فى يد المضارب وان كان ما أخذه المضارب هلك يهلك من ماله لانه صار مستوفيا حقه فخرجت من المضاربة والاصل أن ما يستوفيه المضارب لنفسه صار فى ضمانه والذى لم يستوف رب المال باق على حكم المضاربة اه اتقانى (قوله فصل اعلم أن ما يفعله المضارب ثلاثة أنواع) هذه الانواع الثلاثة قد تقدمت عند قوله فى المتن وبيع بنقد وبنسيئة نقلا عن الاتقانى فراجعها اه (قوله وهو ما هو معتاد بين التجار) قال فى الهداية لان له الامر العام المعروف بين الناس قال الاتقانى أى المضارب له (٦٨) ولاية الامر الشائع المشهور فى عرف الناس يعنى به ما هو من صنيع التجار والدليل

على أن له هذه الولاية أنه يشترى دابة للركوب والحمل ولا يشترى سفينة للركوب ويشترى سفينة للحمل اعتبارا لصنيع التجار قال فى قسم المبسوط من الشامل دفع مضاربة على أن يشترى الطعام خاصة له أن يستأجر لنفسه أو يشترى دابة للركوب والحولة لانه مما يفعله التجار ولا يشترى سفينة يحمل فيها الطعام لانه ليس من عادة التجار لا جرم فى بلد عادتهم ذلك يجوز ولو كانت المضاربة عامة جاز شراء السفينة أيضا لانه وقعت عامة كذا فى الشامل اه وكتب ما نصه قال الاتقانى رحمه الله والحاصل أن المضارب عمله على رب المال ما هو تجارة من كل وجه أو ما هو من صنيع التجار بأن لم يكن للتجار منه بد أما ما ليس بتجارة من كل وجه أو هو تجارة من وجه دون وجه وليس ذلك من صنيع التجار لا عمل المضارب على رب المال ومن هذا قلنا ان المضارب لا يملك توريج غلام وتأخير المضاربة لانه ليس بتجارة اه وكتب أيضا ما نصه قال فى الهداية ولو احتال بالثمن على الأيسر على الاعسر جاز لان الحوالة من عادة التجار بخلاف الوصى يحتال بمال اليتيم حيث يعتبر فيه الانظر لان تصرفه مقيد بشرط النظر قال الاتقانى يعنى لو قبل المضارب الحوالة من المشترى بالثمن على غير المشترى جاز وان كان المحتال عليه أعسر من المشترى لان ذلك من صنيع التجار لان له أن يقابل البيع مع الاول ثم يبيع من الاعسر بخلاف الوصى يقبل الحوالة من مشترى مال اليتيم على أعسر منه حيث لا يجوز لان ولايته نظرية وليس فى ذلك نظر اه

الى العفو فى الزكاة قال رحمه الله (فان زاد الهالك على الربح لم يضمن المضارب) لانه أمين فلا يكون ضمينا للتانى فيهما فى شئ واحد قال رحمه الله (وان قسم الربح وبقيت المضاربة ثم هلك المال أو بعضه تراد الربح ليأخذ المالك رأس ماله) أى اذا اقتسما الربح والمضاربة باقية على حالها ولم يفسخاها بأن اقتسما بعض المال وتركا بعضه فى يد المضارب على أنه رأس المال والمقتسم ربح ثم هلك المتروك فى يده وهو أمانة تراد الربح الذى اقتسماه حتى يستوفى رب المال رأس ماله لان الربح تابع ورأس المال أصل فلا يسلم الربح بدون سلامة الاصل قال رسول الله صلى الله عليه وسلم مثل المؤمن كمثل التاجر لا يسلم له ربحه حتى يسلم له رأس ماله فكذلك المؤمن لا تسلم له نوافله حتى تسلم له عزائمه أو قال فرائضه فاذا هلك ما فى يده تبين انه ليس برأس مال وأن ما اقتسماه ليس بربح اذ لا يتصور بقاء التبع بدون الاصل فيضمن المضارب ما أخذه على انه ربح لانه أخذه لنفسه حتى يتم به رأس المال بخلاف ما بقى فى يده حيث لا يضمنه لانه لم يأخذه لنفسه وما أخذه رب المال محسوب عليه من رأس المال ونظيره عزل الورثة بعض التركة لقضاء دين الميت به ثم اقتسامهم بقية التركة ثم هلاك المعزول فان قسمتهم قد بطلت ووجب عليهم التراد لقضاء الدين فان كان فيهم غريم فهو محسوب عليهم من الدين لان الورثة لا يسلم لهم شئ الا بعد قضاء الدين قال رحمه الله (وما فضل فهو بينهما) أى ما فضل من رأس المال بعد التراد يكون بينهما لانه ربح لان رب المال لم يبق له حق بعد استيفاء رأس ماله الا فى الربح قال رحمه الله (وان نقص لم يضمن المضارب) لانه أمين فيه قال رحمه الله (وان قسم الربح وفسخت ثم عقداها فهلك المال لم يتراد الربح الاول) أى لو اقتسما الربح وفسخا المضاربة ثم عقداها ثانيا فهلك المال بعد ذلك لم يتراد الربح الاول لان المضاربة الاولى قد انتهت بالفسخ وثبوت الثانية بعقد جديد فهلاك المال فى الثانية لا يوجب استقاض الاولى فصار كما اذا دفع اليه مالا آخر وهذه هى الحيلة فيما اذا خاف المضارب أن يستردّ منه الربح بعد القسمة بسبب هلاك ما بقى فى يده من رأس المال وصورة هذه الحيلة أن يسلم المضارب رأس المال الى رب المال ثم يقتسما الربح ثم يرد رب المال رأس المال الى المضارب ويقول له اعمل على المضاربة فتكون بذلك مضاربة مستقبلة فهلاك المال فيها بعد ذلك لا يوجب رد الربح الذى كان فى الاولى وهكذا اذا فعلا ذلك فى كل ما اقتسماه لا يجب عليهما التراد عند الهلاك

﴿فصل﴾ اعلم أن ما يفعله المضارب ثلاثة أنواع نوع يملكه بمطلق عقد المضاربة وهو ما هو معتاد بين التجار كالرهن والارتهان والايجار والاستئجار للركوب أو الحمل والشراء للركوب وشراء سفينة اذا احتاج اليها

(قوله متعارف) قد ذكرنا فائدة التقييد به عند قوله في المتن فيما سبق و يبيع بنقد ونسيئة اه (قوله ولو بعد البيع) قال في الهداية ولو باع ثم أخر الثمن جاز بالاجماع قال الاتقاني يعني المضارب عملك تأجيل ثمن المبيع بالاتفاق وهذا على أصل أبي حنيفة ومحمد ظاهر لان الوكيل بالبيع يملك ذلك فالمضارب أولى لان ولاية المضارب أعم لانه يصير شريكا في الربح دون الوكيل وأما أبو يوسف يجوز عنده تأجيل المضارب دون الوكيل لان المضارب يملك أن يشتري السلعة ثم يبيعها بنساء فملك التأخير وهذا لانه يملك الاقالة فاذا ملك الاقالة كان له أن يؤجل وكأنه باع بنسيئة ابتداء والوكيل لا يملك الاقالة فلا يملك التأجيل اه (قوله وليس بمضاربة) أي لانها لا تصح الا في مال عين واذا لم تكن مضاربة لم يبق الا أن تكون بينهما شركة وجوه اه اتقاني (٦٩) (قوله ولو كان معه دراهم فاشترى بكيل أو موزون الخ) قال الاتقاني ومن جملة الاستدانة ما اذا كان رأس المال ألف درهم فاشترى بها كيلا أو يوزن أو عددا أو اشترى بثوب مغصوب الى أجل لان الشراء بغير الاثمان استدانة على المال ألا ترى أنه ليس في يده من مال المضاربة ما يؤديه فاما اذا كان في يده دراهم فاشترى بدنانير أو كان في يده دنانير فاشترى بدراهم فالقياس أن لا يجوز وهو قول زفر لانه اشترى بجنس ليس في يده كما لو اشترى بالعروض وانما استحسنوا فقالوا يجوز لان الدراهم والدنانير قد أجريا عند التجار مجرى الجنس الواحد ألا ترى انهما أثمان وبهما يقضى في النفقات والاروش وقيم المتلفات ولا تعذر نقل كل واحد منهما الى الآخر فكأنه اشترى بجنس هو في يده وأما الفلوس فالقياس فيها ما ذكرنا والاستحسان أن تكون كالدراهم على قول من جوز المضاربة بعينها لانها ثمن كسائر الاثمان وعلى قول أبي يوسف لا تجوز المضاربة بها كالعروض فلا يجوز الشراء بها اذا لم تكن في يده كذا ذكر القدوري في شرح مختصر الكرخي اه (قوله فكيف يصلح وكيلا الخ) فان قلت كيف يصح اضافة الابضاع الى المضارب وانما يصح ذلك اذا كانت البضاعة للبضع ولا مال للمضارب قلت ليس بشرط أن تكون البضاعة ملكا للمبضع لان تفسير الابضاع الاستعانة بالغير في التصرف ورب المال يصلح معينا له والاستعانة بالاجنبي جائزة فرب المال أولى لان شفقته في ماله أكثر اه اتقاني (قوله أو كما اذا أخذه بنفسه) قال الاتقاني حتى لو أخذه رب المال بغير رضاه وعمل فيه انتقضت المضاربة اه (قوله وكما اذا دفعه الخ) أي حيث لا يجوز أن يكون مضاربة لان الاولى تفسد والمفهوم منه أنها تفسد وليس كذلك اه قارئ الهداية رحمه الله قال في المجمع أو دفع المال اليه مضاربة حكمنا ببقاء الاولى لا بانفساخها اه

وتأخير الثمن الى أجل متعارف ولو بعد البيع لانه يملك الاقالة بخلاف الوكيل بالبيع عند أبي يوسف رحمه الله حيث لا يجوز تأجيله الدين بعد البيع لانه لا يملك الاقالة ثم بيعه نسيئة وهنا يملك ونوع لا يملكه بمطلق العقد ويملكه اذا قيل له اعمل برأيك وهو ما يحتمل أن يلحق به فيلتحق به عند وجود الدلالة وذلك مثل دفع المال مضاربة أو شركة وخلط مال المضاربة بماله أو بمال غيره لان رب المال رضي بشركته لا بشركة غيره وهو أمر عارض لا تتوقف التجارة عليه فلا يدخل تحت مطلق العقد ولكنه هو طريق في التثمير في هذا الوجه موافق له فيدخل فيه عند وجود الدلالة وقوله اعمل برأيك دال عليه ونوع لا يملكه بمطلق العقد ولا بقوله اعمل برأيك الا أن ينص عليه وهو الاستدانة لان فيه شغل ذمته بالدين فلا يدل عليه اللفظ وصورته هو أن يشتري بالدين بعدما اشترى برأس المال كله نوعا من التجارة فاذا فعل ذلك بأمره كان المشترى بينهما على ما شرطا وربحه تبع لاصله حتى يستحقانه بقدر استحقاقهما الاصل ويبطل شرطهما فيه خلاف ذلك اذ هو شركة وجوه وليس بمضاربة لانه اذا اشترى برأس المال عروضا ثم اشترى شيأ آخر بالدين يكون زائدا على رأس المال فلم تنعقد عليه المضاربة أو اشترى بأكثر من رأس المال ابتداء كان حصة دفع الزيادة شركة لانه لو لم ينص عليه كان ينفذ على المضارب فاذا أذن له نفذ عليهما وأخذ السفاتج مثله لانه استدانة وكذا اعطاؤها لانه اقراض والعتق على مال وغير مال والكتابة والهبة والصدقة كل ذلك ليس من باب التجارة فلا يملكه الا بالنص ولو كان معه دراهم فاشترى بكيل أو موزون أو معدود نفذ على المضارب لانه استدانة ولو اشترى بدنانير كان للمضاربة استحسانا لانهما جنس واحد من وجه قال رحمه الله (ولا تفسد المضاربة بدفع المال الى المالك بضاعة) وقال زفر رحمه الله تفسد ولا يستحق المضارب من ربحه شيأ لان رب المال يتصرف في مال نفسه فلا يصلح وكيلا فيه لان الوكيل هو الذي يعمل لغيره وهذا عامل لنفسه فكيف يصلح وكيلا لغيره فيه بل يكون مستردا ماله لانه يملك عزله واسترداد ماله في أي وقت شاء اذا لم يتعلق به حقه فصار كما اذا أرسله اليه من الابتداء أو كما اذا أخذه بنفسه من غير دفع المضارب اليه وهو ناض وكما اذا دفعه اليه مضاربة والجامع ان كل واحد منهما يمنع التخلية ومن شرطه أن يكون المال مسلما الى المضارب ولان المضاربة اجارة والاجير اذا استعان بالمؤجر وفعله المؤجر لا يستحق الاجر كالخياط اذا استعان بصاحب الثوب فخاطه لا يستحق الاجر عليه فكذا هذا ولنا أن التسليم قد وجد وصار التصرف بعد ذلك حقا للمضارب فيصلح أن يكون رب المال وكيلا فيه كالاجنبي ولان المضاربة فيها معنى الشركة أربح حتى جاز من غير توقيت وبعض ما يخرج من العمل ولو عمل ولم يربح شيأ لم يستحق شيأ ولو كان اجارة لاستحق الاجرة بالعمل وانما يستحقه فرعا على عمله كما يستحقه رب المال فرعا

(قوله حيث تكون هذه الاشياء مبطلة الخ) قال الاتقاني بخلاف ما اذا شرط العمل على رب المال ابتداء فانه لا يصح لعدم شرط العقد وهو التخلية لان شرط العمل على رب المال يمنع التخلية اه وعلى هذا فيجوز أن يكون (١) (قوله فتخرج بها من أن تكون مضاربة) أما المضاربة الاولى فيما اذا دفع اليه فباقية على حالها فلا يصح الالزام المتقدم اه قارئ الهداية وكتب ما نصه قال الاتقاني وبخلاف ما اذا دفع المضارب الى رب المال مضاربة بالنصف حيث لا تصح المضاربة الثانية لان المضاربة عقد شركة بأن يكون المال من الدافع والعمل من المضارب والربح على الشركة ولا مال هنا للمضارب فلو جاز مع ذلك يلزم قلب الموضوع في التصرف فلم تبطل المضاربة الاولى اه (قوله في المتن وركوبه) بفتح الراء ما يركب عليه (٧٠) في المال أي بالمعروف اه كى قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي ولا ينبغي أن يسرف في النفقة وانما ينفق على المعروف عند التجار واذا صار ذلك ضمن الفضل اه اتقاني وكتب ما نصه فان قيل رضى بنصيبه من الربح فلا يستحق الزيادة عليه من غير شرط قيل له النفقة ليست بمستحقة له لكنها من مؤن المال كأجر الاجير للعمل في المال وأجرة الحمال وقال في شرح الطحاوي ولو خرج الى السفر بماله ومال المضاربة جميعا كانت النفقة على قدر المالين بالحصص اه اتقاني (قوله فتخرج بها من أن تكون مضاربة) أي الثانية اه اتقاني (قوله بخلاف الوكيل والمستبضع) قال الاتقاني لا تجب النفقة للمستبضع في مال البضاعة لانه متطوع فيها الا أن يكون أذن له فيها اه (قوله لانه لم يحتبس بمال المضاربة) وبخلاف المضاربة الفاسدة اذا سافر لانه أجير فلا يستحق النفقة اه كى وقوله فلا يستحق النفقة أي من مال المضاربة اه (قوله لانه ساكن بالسكن) أي لاجل المال اه (قوله والدهن في موضع يحتاج اليه) قال الاتقاني اعلم أن الدهن في مال المضارب في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد الدهن في مال المضاربة وجه قولهما أن الدهن ليس بمعتاد ولا تدعو اليه الضرورة فصار كأجرة الطبيب وجه قول محمد أن الدهن يستعمل للمنفعة في البدن وغيره غير نادر كالطعام والشراب كذا ذكر القدوري في شرحه وقال أبو الحسن الكرخي وليس في الخضاب رواية عن أبي يوسف ومحمد والظاهر أنه كالحجامة وروى عن أبي يوسف أنه سئل عن اللحم فقال كما كان يأكل اه (قوله ولو رجع الى بلده وفي يده شئ) أي شئ من ثياب أو طعام أو غيره رده لان جواز الانتفاع لدفع الحاجة

على المال فاذا كان الاستحقاق بهذا الطريق صلح رب المال معينا للمضارب لانه عامل فكان عمله ثابتا تقديرا وكذا يده فلا يكون يأخذه لا على وجه الفسخ مبطلا لها كالراهن اذا استعار الرهن لا يكون فسخا للرهن بخلاف ما اذا أخذه بنفسه من غير أن يدفع اليه المضارب لانه لا يمكن أن يجعل معينا هنا لعدم الاستعانة به فيقع العمل لنفسه ضرورة أنه يملك ذلك والاسترداد اذا كان المال ناضا حتى لو كان عروضا وأخذ من غير دفع المضارب لا يكون استردادا لانه لا يملك عزله في هذه الحالة وبخلاف ما اذا أرسله اليه ابتداء أو أخذه بعد التسليم على وجه المضاربة أو شرط عليه العمل ابتداء حيث تكون هذه الاشياء مبطلة للمضاربة لانها تمنع التخلية أو يكون المال والعمل مستحقا من شخص واحد فتخرج بها من أن تكون مضاربة وبخلاف مسئلة الخياط لانها اجارة محضة فلا يتصور أن يقع عمل صاحب الثوب عن الاجير اذ تسليم المنفعة أو العمل شرط في الاجارة ولا كذلك المضاربة لان فيها معنى الشركة على ما بينا قال رحمه الله (فان سافر فطعامه وشرابه وكسوته وركوبه في مال المضاربة وان عمل في المصر فنفقته في ماله كالدواء) أي اذا سافر المضارب للتجارة في مال المضاربة فأكله ومشربه وملبسه وركوبه يكون في مال المضاربة وان عمل في مصره ففي ماله كما يكون الدواء في ماله مطلقا لان النفقة تجب بسبب الاحتباس كنفقة القاضي والزوجة وهو اذا سافر صار محبوسا به فتجب مؤنته الراتبة فيه بخلاف الدواء لانه من العوارض وبخلاف الاجير لانه يستحق البدل بيقين فلا يتضرر بالانفاق من ماله والمضارب لا يستحق الا الربح فيمكن أن لا يحصل فيه ربح فلو لم ينفق منه لتضرر بخلاف الوكيل والمستبضع لانهما متبرعان فيه وبخلاف ما اذا كان يعمل في مصره لانه لم يحتبس بعمل المضاربة فلا تجب له النفقة فيه وهذا لانه ساكن بالسكن الاصلي ووجوب النفقة على الغير بسبب الاحتباس به فلم يوجد فتكون نفقته في ماله وهو القياس في المضارب المسافر لانه بمنزلة الوكيل أو الاجير أو الشريك وكل واحد منهم لا يستحق النفقة فيما يعمل به فكذا هذا الا أنا تركناه لما ذكرنا من المعنى ولان العادة قد جرت أن المضارب يأكل من مال المضاربة اذا عمل في غير مصره وفي مصره يأكل من ماله والمكان القريب من مصره بمنزلة مصره والفاصل أنه اذا كان في مكان بحيث يمكنه أن يغدو ويروح الى منزله فهو كمصره لان أهل السوق يتجرون في السوق ثم يبيتون في منازلهم وان لم يمكنه أن يبيت في منزله فمؤنته في مال المضاربة لانه صار محبوسا به ومن مؤنته الواجبة فيه غسل ثيابه وأجر من يخدمه وعلف دابة يركبها والدهن في موضع يحتاج اليه كالحجامة وأجرة الحمام والحلاق وقص الشارب كل ذلك من مال المضاربة لان العادة جرت بها ولان نظافة البدن والثياب توجب كثرة من يعامله لان صاحب الوسخ تعده الناس من المفاليس فيجتنبون معاملته فيطلق له من ذلك كله بالمعروف حتى اذا زاد يضمن ولو رجع الى بلده وفي يده شئ من النفقة رده الى مال المضاربة كالحاج

(١) قوله الحشي فيجوز أن يكون هكذا في الاصل والكلام منقطع كما ترى وكتب الناسخ لم يكتب الحشي تحرر اه مصححه

فى زمان تفريغ نفسه لعمل المضاربة ولم يبق على تلك الحال فيؤمر بالرد الى مال المضاربة اه اتقانى (قوله استرده الزوج) هكذا هو فى النهاية والدراية نقلا عن المبسوط فاعلم اه (قوله فصار كالنفقة) قال الاتقانى وأما الدواء والحجامة ونحو ذلك فليس له ذلك لان النفقة للطعام والكسوة ألا ترى أن القاضى يقضى بنفقة الزوجة بالطعام والكسوة ولا يقضى بالدواء والحجامة كذلك ههنا الا أن يكون فى موضع جرت العادة فيه بذلك وذكر عن الحسن بن زياد أنه كان يقول يجوز له أن ينفق فى الحجامة وحلق الشعر ونحو ذلك قال الفقيه ومعنى هذا اذا كان فى موضع جرت العادة فيه بذلك اه (قوله فى المتن وقيل له اعمل برأيك فهو متطوع) هذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى رجل دفع الى رجل ألف درهم مضاربة فاشترى بها متاعا وقد كان صاحب المال قال له اعمل فيه برأيك فلما اشترى المتاع حط له مائة من عنده أو قصره مائة من عنده قال فهو متطوع فيما صنع وليس له من المائة شئ فى رأس المال وان كان صبغ الثياب حمرا كان شريكا بما زاد الصبغ فى الثياب ولا يضمن الثياب الى هنا لفظ محمد فى أصل الجامع الصغير والاصل هنا ما ذكرنا فى أول كتاب المضاربة أن تصرفات المضارب ثلاثة أقسام قسم منها لا يملكه المضارب الا أن ينص عليه رب المال وهو الاستدانة فاذا عرفت ذلك فلنا اذا حط مائة من عنده فقد استدان على المضاربة بعد استغراق رأس المال فلا ينفذ على رب المال فيكون متبرعا وكذا اذا قصره مائة من عنده ولا يصير شريكا فى المال لان القصارة ليست بعين مال (٧١) قائم فى الثوب وأما اذا صبغه الم يملك

عن الغير اذا بقى شئ فى يده يرده على المحجوج عنه أو الورثة وكالغازى اذا خرج من دار الحرب يرد الى الغنيمة ما معه من النفقة وكالامة اذا بوأها المولى منزلا مع الزوج ثم أخرجها لخدمة وقد بقى شئ من النفقة فى يدها استرده الزوج وعن الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله أن الدواء أيضا يكون فى مال المضاربة لانه لاصلاح بدنه وتمكنه من العمل فصار كالنفقة وجه الظاهر أن النفقة معلوم وقوعها والحاجة الى الدواء من العوارض فكان موهوما فلا يجب كما فى حق المرأة وفى النهاية الشريك اذا سافر عمال الشركة فنفقته فى ذلك المال روى ذلك عن محمد رحمه الله وذكر فى الكافى بعد ما ذكر وجوب النفقة للمضارب فى المال فقال بخلاف الشريك لانه لم يجر التعارف أن الشريك العامل ينفق على نفسه من مال الشريك الآخر قال رحمه الله (فان ربح أخذ المالك ما أنفق من رأس المال) أى اذا ربح المضارب أخذ رب المال قدر ما أنفق المضارب من رأس المال حتى يتم به رأس المال فاذا استوفى رأس ماله وفضل شئ اقتسماه لان رأس المال أصل والربح مبنى عليه فلا يسلم لهما الفرع حتى يسلم لرب المال الاصل وهذا لان الذى ذهب بالنفقة هالك والهالك يصرف الى الربح على ما بيناه قال رحمه الله (فان باع المتاع مرابحة حسب ما أنفق على المتاع لا على نفسه) يعنى اذا باع المضارب المتاع الذى أنفق عليه ضم جميع ما أنفق على المتاع من أجرة الحمل والطراز وأجرة السمسار والصباغ والقصار ونحو ذلك مما ذكرنا فى باب المرابحة الى رأس المال بأن يقول قام على بكذا لان هذه الاشياء تزيد فى القيمة وتعارف التجار الحاقها برأس المال فى بيع المرابحة فجاز ذلك ولا يضم ما أنفقه على نفسه فى سفره ونفقاته فى المال الى رأس المال لانهم لم يتعارفوا ضمه الى رأس المال ولا يزيد هو أيضا فى قيمة المتاع بخلاف الانفاق على المتاع لانها بالزيادة على الثمن صارت فى معنى الثمن قال رحمه الله (ولو قصره أو حمله بماله وقيل له اعمل برأيك فهو متطوع)

ذلك على المضاربة لما قلنا لكن لا يضيع ماله ألا ترى أن الغاصب لو قصر يضيع ماله ولو صبغ لا يضيع فههنا أولى ولهذا لو صبغه أحمر أو أصفر لم يكن للمالك أن يأخذه مجانا بل يتخير رب الثوب ان شاء أخذ الثوب وأعطاه قيمة ما زاد الصبغ فيه يوم الخصومة لا يوم الاتصال بثوبه وان شاء ضمنه جميع قيمة الثوب أبيض يوم صبغه وترك الثوب عليه فكذلك ههنا يصير شريكا بقدر ماله حتى لو صبغ الثوب يأخذ المضارب من الثمن ما زاد الصبغ فيه وما بقى يكون على المضاربة

ولا يكون المضارب ضامنا للثياب لان رب المال قال له اعمل فيه برأيك فثبت له ولاية الخلطة والشركة ولو لا ذلك كان لرب المال أن يضمنه أما الاستدانة فلا تستفاد ولايتها الا بالتصريح ولم يوجد كذا قال قاضيخان وغيره فى شروح الجامع الصغير قال نفر الاسلام وخص الحمرة لان السواد نقصان عند أبى حنيفة وأما سائر الالوان فمثل الحمرة يعنى اذا صبغ الثياب سودا كان كالقصارة صبغا عند أبى حنيفة لان السواد عنده نقصان وعندهما زيادة وهذا الاختلاف لاختلاف الزمان ولا يضمن النقصان الذى دخل فى الثياب بفعله لانه مأذون فيه بعقد المضاربة ألا ترى أنه لو كان فى يده فصبغ الثياب سودا فنقصها ذلك لم يضمن فكذا اذا صبغها بما يملك نفسه كذا ذكر القدورى فى شرح مختصر الكرخى وقال فى تجريد المحيط وان صبغها المضارب بعصفر أو زعفران أو صبغ آخر يزيد فى الثوب فان كان رب المال قال له فى المضاربة اعمل برأيك فالمضارب لا يضمن وان لم يقل له ذلك ضمن واذا لم يقل له رب المال اعمل فيه برأيك كان رب الثوب بالخيار فان شاء ضمن المضارب قيمة ثوبه أبيض يوم صبغه وان شاء أخذ الثياب وأعطاه قيمة ما زاد الصبغ فيه يوم الخصومة لا يوم اتصل بثوبه كما فى الغاصب وهذا اذا لم يكن فى مال المضاربة فضل فأما اذا كان فى مال المضاربة فضل فبقدر ما كان حصة المضارب من الثياب لا يضمنه فان لم يفعل رب المال شيأ من ذلك حتى باع المضارب الثياب جاز بيعه وبرئ من الضمان ولم يكن لرب المال أن ينقضه من البيع واذا جاز بيعه ينظر بعد ذلك ان باعها

مساومة يقسم الثمن بين رب المال وبين المضارب على قيمة الثياب غير مصبوغة وعلى قيمتها مصبوغة فتفاوت ما بينهما يكون قيمة الصبغ حتى اذا كان قيمة الثياب غير مصبوغة ألفا وقيمتها مصبوغة ألف ومائتان وبيعت بألف ومائتين فالالف للمضاربة والمائتان للمضارب بدل صبغه وان باعها مرابحة فان هذا الثمن يتقسم على الثمن الذى اشترى المضارب به الثياب وعلى قيمة الصبغ الذى صبغ المضارب الثياب به وفى المنتقى رجل دفع الى رجل ألف درهم مضاربة فاكترى سفينة بمائة درهم والمال عنده على حاله ثم اشترى بالالف كله طعاما وحمله فى السفينة فهو متطوع فى الكراء ولو كان اشترى بتسعمائة منها طعاما وبقيت فى يده مائة فأداها فى الكراء لم يكن متطوعا وباعه مرابحة على الكراء اه اتقانى وكتب مانصه قال فى البدائع ثم كما لا يجوز للمضارب الاستدانة على مال المضاربة لا يجوز له الاستدانة على اصلاح مال المضاربة حتى لو اشترى المضارب بجميع مال المضاربة ثيابا ثم استأجر على حملها أو قصارتها أو فتلها كان متطوعا فى ذلك كله لانه اذا لم يبق فى يده شئ من رأس المال صار بالاستئجار مستدينا على المضاربة فلم يجز عليها فصار عاقدا لنفسه متطوعا (قوله والحلان) الحلان أجر ما يحمل عليه من الدواب كذا فى الديوان اه اتقانى قال فى مجمع البحرين والحلان بالضم والحمل مصدر رجل والحلان أيضا أجر ما يحمل اه (قوله فى المتن فضاعا) أى الالفان قبل النقد اه (قوله فى المتن غرما ألفا والمالك ألفا) قال الاتقانى رحمه الله قالوا هذا جواب الخاصل يعنى ان حاصل الضمان يجب هكذا ولكن الالفين فى الابتداء يجبان جميعا على المضارب ثم يرجع المضارب على رب المال بألف وخمسمائة لان المضارب هو المباشر للعقد وأحكام العقد ترجع اليه اه (قوله وربع العبد الخ) من قوله وربع العبد الى قوله على ألفين من المتن اه (قوله فربعه للمضارب) أى لان ربع الثمن له اه (قوله وهو ألف وخمسمائة) فلما ملك المضارب ربعها بسبب ضمان ربع الثمن خرج ربعها عن المضاربة اه اتقانى (قوله لعدم ما ينافيها) أى اذ ضمان رب المال الثمن لا ينافى المضاربة اه (قوله لانه اشتراه بألفين) أى وبيع المرابحة بيع بالثمن الاول اه

يعنى اذا قال رب المال للمضارب اعمل برأيك فاشترى بمال المضاربة كذا متاعا ثم نقله أو قصر ثيابه بمال من عنده يكون متطوعا لان رأس المال لم يبق منه شئ فيكون تنفيذه على رب المال بعد ذلك استدانة من غير اذنه وهو لا يجوز على ما بينا وكذا لو زاد على الثمن بأن اشترى بأكثر من رأس المال يكون متطوعا فى الزيادة وفى الكافى لو اشترى بكل رأس المال وهو ألف ثيابا واستقرض مائة للحمل وباع بألف ومائة عند أبى حنيفة رحمه الله لانها قامت عليه بذلك وان باعها بألفين كانت عشرة من ذلك حصة المضاربة أى عشرة أسهم على شرطهما وسهم للمضارب خاصة لانه استقرضه لنفسه والكراء فى ماله خاصة وعندهما يبيع الثياب مرابحة على الالف لا غير والثمن كله على المضاربة وهو متطوع فى الكراء لانه فعل بغير اذنه فصار كاستكراء الاجنبى وقال فى المحيط فى تعليل قول أبى حنيفة ان للمضارب فى الثياب حقا يضاهى الملك ألا ترى أنه لو نهاه رب المال عن بيع الثياب لم يصح نهيه فكان بمنزلة المالك فقام الثياب عليه بألف ومائة فيبيعها مرابحة على الكل فاذا باعها مرابحة يقسم ثمنها على مالهما فما أصاب مال المضاربة وهو عشرة أسهم بقيت المضاربة فيها على حالها وما أصاب المائة المستقرضة كان له خاصة قال رحمه الله (وان صبغه أحمر فهو شريك بما زاد الصبغ فيه ولا يضمن) لان الصبغ عين مال قائم وقد اختلط بمال المضاربة وهو متقوم فيكون شريكا ضرورة بخلاف القصارة والحملان لانه ليس بعين مال قائم فلا يكون خلطا بمال المضاربة ألا ترى أنه يضيع على الغاصب دون الصبغ ثم اذا بيع المتاع قسم الثمن على قيمة الثوب أبيض وعلى ما زاد من الصبغ فما أصاب قيمة الثوب كان على المضاربة وما أصاب الزيادة كان له لان الثمن مال مشترك فيقسم على قدر الانصباء وانما لا يضمن المضارب بهذا الخلط لانه مأذون فيه لان قوله اعمل برأيك يتناوله فلا يكون به متعديا بل يكون شريكا كما اذا هبت الريح فى ثوب انسان فألقته فى صبغ غيره أو اختلط المال المودع بمال المودع بغير صنعه بخلاف ما اذا لم يقل له اعمل برأيك فانه لا يكون شريكا بل يضمن كالغاصب قال رحمه الله (معه ألف بالنصف فاشترى به بزا وباعه بألفين واشترى بهما عبدا فضاعا غرما ألفا والمالك ألفا) أى غرم المضارب ورب المال ألفا ثم غرم رب المال وحده ألفا آخر فيغرم المضارب خمسمائة والمالك ألفا وخمسمائة (وربع العبد للمضارب وباقيه على المضاربة ورأس المال ألفان وخمسمائة وربح على ألفين) لان المال لما صار ألفين ظهر الربح فى المال وهو ألف فكان بينهما نصفين فنصيب المضارب منه خمسمائة فاذا اشترى بالالفين عبدا صار العبد مشتركا بينهما فربعه للمضارب وثلاثة أرباعه لرب المال ثم اذا ضاع الالفان قبل النقد كان عليهما ضمان ثمن العبد على قدر ملكهما فى العبد فربعه على المضارب وهو خمسمائة وثلاثة أرباعه على رب المال وهو ألف وخمسمائة فنصيب المضارب خرج عن المضاربة لانه صار مضمونا عليه ومال المضاربة أمانة وبينهما متناف ونصيب رب المال على المضاربة لعدم ما ينافيها وهو معنى قوله وباقيه على المضاربة يعنى ثلاثة أرباع العبد ورأس المال هو جميع ما دفع رب المال الى المضارب وهو ألفان وخمسمائة لانه دفع اليه أولا ألفا ثم ألفا وخمسمائة ولا يبيع العبد مرابحة الا على ألفين لانه اشتراه بألفين وهو معنى

(قوله ربح بينهما نصفان) أي لان ذلك القدر هو الربح اه (قوله في المتن وان اشترى من المالك بألف عبدا الخ) وصورة المسئلة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل دفع الى رجل ألف درهم مضاربة ثم اشترى رب المال عبدا بخمسمائة فباعه اياه بألف على كم يبيعه مرابحة قال على خمسمائة قال فان اشترى الذي أخذ المال مضاربة عبدا بالف فباعه من رب المال بألف ومائتين قال يبيعه رب المال بألف ومائة اذا كانت المضاربة بالنصف قال الاتقاني الى هنا لفظ محمد في أصل الجامع الصغير وأصل هذا ما قالوا في شروح الجامع الصغير أن بيع المرابحة ينبني على الامانة ويمتنع بشبهة الخيانة كما يمتنع بحقيقتها ألا ترى أن بدل الصلح لا يباع مرابحة الا ببيان لشبهة الحط وكذا المشترى نسيئة لا يباع مرابحة بدون البيان لشبهة الزيادة بمقابلة الاجل فاذا اشترى رب المال بخمسمائة وباعه من المضارب بالف فالمضارب اشترى لرب المال لانه وكيله وبيع الانسان من نفسه باطل لكن لما كان حق المضاربة بمنزلة حق ثالث صح البيع وبقيت شبهة بطلان البيع فيبيعه مرابحة على الثمن المتيقن وهو خمسمائة فاما اذا اشترى المضارب بألف وباعه من رب المال بألف ومائتين باعه رب المال مرابحة بألف ومائة لان العقدين وقعا لرب المال ولم يقع لرب المال منه الا قدر مائة فيجب اعتبار المائة وفيما وقع لرب المال لا يعتبر الربح لشبهة بطلان العقد الثاني وهذا اذا كان الشرط على النصف قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في باب المرابحة بين المضارب وبين رب المال واذا دفع الرجل الى الرجل ألف درهم مضاربة على أن ما كان من ربح فهو بينهما نصفين فاشترى رب المال عبدا بخمسمائة درهم فباعه من المضارب بالف المضاربة فان باعه المضارب مساومة باعه كيف شاء لان بيع المساومة لا يتقيد بثمن بل الثمن ما اتفقا عليه وقد اتفقا على القدر الذي ذكره في العقد وان باعه مرابحة (٧٣) باعه على خمسمائة درهم لان عقد المضاربة عقد أمانة فيجب تنزيهه عن الخيانة وعن شبهة الخيانة والعقد الاول وقع لرب المال والثاني كذلك لانه بشراء المضارب لا يخرج عن ملك رب المال الا أنه صح العقد لزيادة فائدة وهي ثبوت اليد والتصرف للمضارب فبقي شبهة عدم وقوع العقد الثاني فيبيعه مرابحة على الثمن الاول وذلك خمسمائة درهم ولو كان رب المال اشتراه بألف فباعه من

قوله وبرابح على ألفين ولو باع العبد بعد ذلك بأربعة آلاف كان للمضارب ربعه وهو ألف والباقي للمضاربة وهو ثلاثة آلاف فألفان وخمسمائة منها رأس المال وخمسمائة ربح بينهما نصفان قال رحمه الله (وان اشترى من المالك بألف عبدا الشراء بنصفه رابح بنصفه) أي لو اشترى المضارب من رب المال بألف درهم عبدا كان اشتراه رب المال بنصف الالف يبيعه المضارب مرابحة على نصف الالف وهو خمسمائة ولا يجوز أن يبيعه مرابحة على الالف لان بيعه من المضارب كبيعه من نفسه لانه وكيله فيكون بيع ماله بماله فيكون كالمعدوم وان حكم بجواز لتعلق حق المضارب به فلا يجوز بناء المرابحة عليه لانها مبنية على الامانة وعلى الاحتراز عن شبهة الخيانة فتبنى على ما اشتراه رب المال فيكون المضارب كالوكيل له في بيعه ولو كان بالعكس بان اشترى المضارب عبدا بخمسمائة فباعه من رب المال بالف يبيعه مرابحة بخمسمائة لان البيع الجاري بينهما كالمعدوم لما ذكرنا فتبنى المرابحة على ما اشتراه المضارب كأنه اشتراه وناوله اياه من غير بيع قال رحمه الله (معه ألف بالنصف فاشترى به عبدا قيمته ألفان فقتل رجلا خطأ فثلاثة أرباع الفداء على المالك وربعه على المضارب والعبد يخدم المالك ثلاثة أيام والمضارب يوما) لان مال المضاربة اذا كان عينا واحدة قيمتها أكثر من رأس المال يظهر فيه الربح وهو ألف هنا بينهما

(١٠ - زيلعي خامس) المضارب بخمسمائة باعه المضارب مرابحة على خمسمائة لان العقدين وقعا لرب المال فيبيعه على أقل الثمنين احترازا عن شبهة الخيانة لما بينا ثم قال في شرح الكافي واذا دفع الرجل الى الرجل ألف درهم مضاربة بالنصف فاشترى المضارب بها عبدا فباعه من رب المال بألفي درهم باعه رب المال مرابحة على ألف وخمسمائة لانا نعتبر الثمن الاول وذلك ألف في حق رب المال وحصة المضارب من الربح وذلك خمسمائة درهم فيبيعه مرابحة على ألف وخمسمائة درهم بيان أن الالف خرج عن ملك رب المال في ثمن العبد فيعتبر في بيع المرابحة ونصف الالف التي هي الربح ملك رب المال قبل البيع وبعده فلا يعتبر أما النصف الذي هو حصة المضارب من الربح وهو خمسمائة خرج عن ملك رب المال الى ملك المضارب حقيقة بازاء هذا العبد فيعتبر كذا قال الاتقاني ولا يخفى عليك المخالفة بين قول الشارح ولو كان بالعكس بان اشترى المضارب عبدا بخمسمائة الخ وبين ما نقله الاتقاني عن الجامع الصغير وعن شرح الكافي اذ مقتضاهما أن بيع العبد في مسئلة الشارح هذه بسبعمائة وخمسين لا بخمسمائة كما قال الشارح فتنبه اه وفي الهداية ولو اشترى المضارب بألف عبدا وباعه من رب المال بألفين باعه مرابحة بالف ومائة لانه اعتبر عدما في حق نصف الربح وهو نصيب رب المال وقدم في البيوع اه وهو موافق لما مر في الجامع الصغير وشرح الكافي وقال في الكنز في باب المرابحة ولو اشترى مأذون مديون ثوبا بعشرة وباعه من سيده بخمسة عشر يبيعه مرابحة على عشرة وكذا العكس ولو كان مضاربا يبيع مرابحة لرب المال باثني عشر ونصف اه وهو كما ترى موافق لما في الجامع الصغير وشرح الكافي والهداية مخالف لما ذكره الشارح رحمه الله اه

(قوله بخلاف مامضى الخ) يعنى أن دفع الفداء هنا كابتداء الشراء فيخرج العبد عن المضاربة لان الواجب ثمة دفع الثمن فلا يكون كابتداء الشراء وتبقى المضاربة فيها لعدم المنافاة بخلاف الربح فانه للمضارب خاصة وتبطل المضاربة فيه للمنافاة وقد مر البيان ثمة اه اتقانى (قوله فى المتن معه ألف فاشترى به عبدا الخ) صورة المسئلة فى الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى رجل دفع الى آخر ألف درهم مضاربة فاشترى بها عبدا فهلك بعد الشراء قال على رب المال أن يدفع اليه ألفا أخرى أبدا فاذا دفعها المضارب الى البائع ثم باع العبد بربح كثير فرأس المال جميع مادفع اليه رب المال ثم يقتسمان الربح من بعد قال نفر الاسلام

وقوله أبدا من الخصوص وحاصل المسئلة ما قالوا فى شروح الجامع الصغير أن المضارب اذا هلك المال رجع مرة فان هلك رجع أخرى فان هلك فكذلك ثم هلك كذلك أيضا حتى يسلم الى البائع والوكيل بالشراء اذا هلك الثمن قبل التسليم الى البائع فان كان الثمن منقودا اليه ثم اشترى فهلك الثمن المنقود رجع به على الموكل فان هلك بعد ذلك لا يرجع بذلك أبدا وان كان الثمن غير منقود اليه فاشترى ثم قبض الثمن من الموكل فهلك الثمن قبل التسليم الى البائع يغرم من ماله ولم يرجع أصلا على الموكل والفرق بين فصلى الوكالة أن قبض الوكيل قبل الشراء بحق الامانة دون الاستيفاء فاذا هلك بعد الشراء وهو دائم على الامانة فرجع به على الموكل صار مستوفيا فلا يرجع بعد ذلك أصلا والفرق بين الوكالة والمضاربة أن الضمان لا ينافى الوكالة ولهذا الوكيل المغصوب منه الغاصب ببيع المغصوب يصير وكيلا ولا يخرج عن الضمان بمجرد الوكالة حتى لو هلك فالقول

نصفان وألف لرب المال برأس ماله لان قيمته ألفان فصار الفداء بينهما على هذا الوجه أرباعا فثلاثة أرباعه على رب المال والربع على المضارب لان الفداء مؤنة الملك فيتقدر بقدره فاذا فداه خرج العبد كله عن المضاربة أمانة فصار نصيب المضارب فلانه صار مضمونا عليه على ما بينا وأما نصيب رب المال فبقضاء القاضى بانقسام الفداء عليهما لان قضاءه بالفداء يتضمن قسمة العبد بينهما لان الخطاب بالفداء يوجب سلامة المفدى ولا سلامة الا بالقسمة بخلاف مامضى لان كل الثمن ثم على المضارب لانه العاقد وان كان له الرجوع على رب المال بما ضمن فلا حاجة الى القسمة ولان العبد بالجناية صار كالزائل عن ملكهما اذ الموجب الاصلى هو الدفع وبالفداء صار كأنهما اشتريا فاذا خرج عن المضاربة يخدمهما على قدر ملكهما بحكم الاشتراك بينهما وهذا معنى قوله يخدم المالك ثلاثة أيام أى رب المال والمضارب يوما قال رحمه الله (معه ألف فاشترى به عبدا وهلك الثمن قبل النقد دفع المالك ألفا آخر ثم وثم ورأس المال جميع مادفع) يعنى اذا كان مع المضارب ألف درهم فاشترى به عبدا وضاع الثمن قبل النقد رجع على رب المال فاذا دفع اليه ثانيا ثم هلك قبل النقد أيضا رجع عليه أيضا فهكذا يرجع عليه كلما هلك الى مالا يتناهى ويكون رأس المال جميع مادفع اليه رب المال بخلاف الوكيل حيث لا يرجع عند هلاك الثمن بعد الشراء الا مرة واحدة والفرق ان المال فى يد المضارب أمانة ولا يمكن حمله على الاستيفاء لأن الاستيفاء لا يكون الا بقبض مضمون والمضاربة تنافيه على ما بينا فكل ما قبض يكون أمانة واذا هلك كان الهالك على رب المال وقبض الوكيل بعد الشراء استيفاء لانه وجب له على الموكل مثل ما وجب عليه للبائع فاذا قبضه صار مستوفيا لذلك فصار مضمونا عليه فاذا هلك ليس له أن يرجع به على الموكل لان المستوفى لم يبق له حق بعد الاستيفاء ولم يوجد ما يمنع من جعله مستوفيا لحقه فيكون مضمونا عليه لان الوكالة لا تنافى الضمان ألا ترى أن الغاصب اذا وكل ببيع المغصوب جاز وهو مضمون عليه فلا حاجة الى جعل ما قبضه بعد الشراء أمانة حتى لو لم يقع استيفاء بان دفع اليه الثمن قبل الشراء ثم اشترى به ثم هلك قبل النقد رجع به على الموكل لوقوع الاول أمانة لانه لا يمكن جعله مستوفيا بقبضه قبل الشراء لانه لم يجب له عليه شئ حتى يصير مستوفيا بالقبض فيكون أمانة فاذا هلك رجع عليه فيكون مضمونا عليه ثم اذا هلك لا يرجع لما ذكرنا بخلاف ما اذا لم يدفع اليه الثمن الا بعد الشراء حيث لا يرجع أصلا والمعنى ما بيناه ولان ما قبضه الوكيل لو لم يحمل على الاستيفاء لزم منه تضييع المال على الموكل لان المأخوذ منه ثانيا يضيع وفى المضاربة لا يضيع لانه ملحق برأس المال ويستوفيه من الربح ولو لم يرجع عليه لتضرر المضارب فيرجع عليه دفعا للضرر عنه ولان الوكيل انتهت وكالته بالشراء مرة وانعزل فلا يرجع بعد الانعزال بخلاف المضارب فانه لم ينعزل بالتصرف بل لا ينعزل بالعزل فى بعض الصور فيرجع عليه مادام متصرفا له قال رحمه الله (معه ألفان فقال دفعت الىّ ألفا وقال المالك دفعت ألفين

المغصوب يجب الضمان عليه ولا يعتبر أمينا وعقد الوكيل يوجب دينا للبائع على الوكيل والوكيل على الموكل فاذا قبض من الموكل بعد الشراء حمل قبضه على جهة الاستيفاء لا على جهة الامانة فاذا استوفى حقه مرة لم يبق الحق أصلا بخلاف المضارب فان الضمان ينافى المضاربة فلا يكون ضامنا بحال فيحمل قبضه على جهة الامانة لا على جهة الاستيفاء فاوجعل على الاستيفاء كان المضارب ضامنا وهو باطل ولهذا رجع المضارب مرة بعد أخرى مالم يسلم الى البائع اه اتقانى (قوله فى المتن ورأس المال جميع مادفع) يعنى لا يكون للمضارب شئ من الربح حتى يصل رب المال الى جميع ما أوصله للمضارب على أنه ثمن أما اذا أراد المضارب أن يبيعه مرابحة لا يرابح الا على ألف كما تقدم اه

(قوله ثم رجع فقال القول للمضارب) قال الاتقانى وجه قوله الآخر وهو قولهما أن الاختلاف وقع فى مقدار ما قبض المضارب والمضارب أنكر زيادة القبض لانه يقول ما قبضت منك الا ألف درهم ورب المال يقول قبضت منى ألفى درهم فالقول قول المضارب لانه أنكر زيادة القبض فاذا لم يظهر القبض الا لف فالالف الزائدة تكون ربحا ألا ترى ان المضارب لو جاء بألفى درهم وقال ألف درهم مضاربة وألف درهم وديعة لفلان عندى أو قال ألف درهم مضاربة وألف درهم من خالص مالى ورب المال يقول لا ولكن ألف درهم رأس المال وألف درهم ربح فالقول قول المضارب بالاتفاق فكذلك ههنا كذا ذكر الفقيه أبو الليث فى شرح الجامع الصغير اه (قوله فالقول قول القابض) أى لانه أعرف بمقدار المقبوض اه اتقانى (قوله فى مقدار المقبوض) قيد به اذ لو كان الاختلاف فى الصفة كان القول لرب المال على ما يجىء اه (قوله أمينا كان) أى كالمودع اه (قوله أو ضمينا) أى كالغاصب اه اتقانى (قوله لانه القابض) أى وهو ينكر زيادة القبض اه (قوله والقول لرب المال فى مقدار الربح) أى لانه يستفاد من جهته اه اتقانى (قوله ولو قال المضارب أقرضتنى) أى المال والربح لى اه اتقانى (قوله والبينة بينة المضارب) أى لانها تثبت التملك اه اتقانى ولانه لا تنافى بين البينتين لجواز أن يكون أعطاه مضاربة أو بضاعة أو وديعة ثم أقرضه اه اتقانى (قوله كانت بينة رب المال أولى) وذلك لانه يثبت الضمان اه اتقانى (قوله لان الاصل فيها العموم) أى ولهذا لو قال خذ هذا الالف مضاربة بالنصف له أن يعمل فى أنواع التجارات ولو لم يكن مقتضى العقد العموم لما صح الا بالتخصيص اه اتقانى (قوله وكذا اذا اختلفا قبل العمل) كان القول قول رب المال مع يمينه اه اتقانى ﴿فروع﴾ ونفقة عبد المضاربة وجعله اذا أبق على

فالقول للمضارب) ومعنى المسئلة أن يكون مع المضارب ألفان فقال لرب المال دفعت الى ألفا ورب ألفا وقال رب المال بل دفعت اليك ألفين فالقول للمضارب وكان أبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول أولا القول لرب المال وهو قول زفر رحمه الله لان المضارب يدعى الربح والشركة فيه ورب المال ينكر فالقول قول المنكر ثم رجع فقال القول للمضارب وهو قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله لان حاصل اختلافهما فى المقبوض فالقول قول القابض فى مقدار المقبوض أمينا كان أو ضمينا ألا ترى أنه لو أنكر القبض بالكلية كان القول له واذا اختلفا فى رأس المال والربح بان قال رب المال رأس المال ألفان وشرطت لك ثلث الربح وقال المضارب رأس المال ألف وشرطت لى نصف الربح كان القول للمضارب فى قدر رأس المال لانه القابض والقول لرب المال فى مقدار الربح لانه المنكر للزيادة وهو لو أنكر استحقاق الربح عليه بالكلية بأن قال كان المال فى يده بضاعة كان القول له فكذا فى انكاره الزيادة وأيهما أقام البينة تقبل بينته لانهما بينة كما سمها وان أقاما البينة فى هذه الصورة كانت بينة رب المال أولى فى مقدار رأس المال وبينة المضارب أولى فى مقدار الربح لانها اكثر اثباتا قال رحمه الله (معه ألف فقال هو مضاربة بالنصف وقد ربح ألفا وقال المالك هو بضاعة فالقول للمالك) لان المضارب يدعى عليه تقوم عمله أو الشركة فى ماله أو شرطا من جهته ورب المال منكر فكان القول قوله ولو قال المضارب أقرضتنى وقال رب المال هو وديعة أو بضاعة أو مضاربة فالقول لرب المال والبينة بينة المضارب لان المضارب يدعى عليه التملك وهو ينكر ولو كان بالعكس بأن ادعى رب المال القرض والمضارب المضاربة كان القول للمضارب لانهما اتفقا على أن الاخذ كان باذن رب المال ثم رب المال يدعى عليه ضمانا وهو ينكر فكان القول قوله وأيهما أقام البينة قبلت بينته ولو أقاما البينة كانت بينة رب المال أولى لانها أكثر اثباتا ولو ادعى المضارب العموم فى كل تجارة وادعى رب المال الخصوص أو ادعى رب المال المضاربة فى نوع وقال المضارب ما سميت لى تجارة بعينها كان القول للمضارب لان الاصل فيها العموم فكان القول لمن تمسك بالاصل وقال زفر رحمه الله القول لرب المال لان الاذن يستفاد من جهته فكان أعرف به كالوكالة وكما اذا اختلفا قبل العمل قلنا الاصل فى الوكالة الخصوص وفى المضاربة العموم وقبل العمل يكون انكار رب المال

رب المال ظهور ربح أولا بلا خلاف لان ملك العامل فى الربح قبل القسمة متردد وملك رب المال مقرر وبضم (١) رأس المال عند القسمة ولو دفع اليه ألفين وقال أضف من عندك ألفا أخرى يكون ألفان منها شركة والالف مضاربة بالنصف جاز وقال بعض أصحاب مالك لا يجوز أن يضم الى مال القراض شركة ويجوز أن يكون الرجل عاملا فى المضاربة لرجل ثم يضاربه آخر وقال أحمد لا يجوز اذا كان فيه ضرر على الاول ولو دفع ألفا على أن له نصف ربحها يجوز بلا خلاف ولو قال على أن لى ربح نصفها يجوز عندنا وأبى زفر خلافا للائمة الثلاثة ولو اشترى العامل بالالف أمة أو غنما أو بقرا أو موزونا يساوى الفين زكى حظه لظهور الربح وبه قال الشافعى فى قول وأحمد وقال مالك والشافعى فى قول وأحمد فى رواية لا يزكى لعدم ملكه الربح قبل القسمة ولو اشترى أمتين أو غنما وبقرا أو شعيرا لا يزكى لاختلاف الجنس فلا يظهر الربح ولا يكاتب المضارب قبل ظهور الربح لانها ليست بتجارة ولا خلاف فيه وبعده ينفذ فى حصته عندنا ولرب المال فسخها دفعا للضرر عن نفسه وعند الائمة الثلاثة لا يجوز كما قبل ظهور الربح اه كاكى

(١) قوله وبضم رأس المال هكذا فى الاصل ولعله وبضم الى رأس المال فسقطت الى من الناسخ اه مصححه

(قوله يقضي بما قال رب المال) أي لانه تعذر العمل بهما لانهما لا يقعان معا ولا على الترتيب لان الشهود لم يشهدوا به واذا تعذر العمل بهما يعمل ببينة رب المال لانه يثبت ما ليس بثابت كذا في الاصل اه

﴿كتاب الوديعة﴾

مناسبة هذا الكتاب بما تقدم ظهرت في أول الاقرار ثم ذكر بعده العارية والهبة والاجارة للتناسب بالترقي من الأدنى الى الاعلى لان الوديعة أمانة بلا تمليك شئ وفي العارية أمانة مع تمليك المنفعة لكن بلا عوض وفي الهبة تمليك عين بلا عوض وهي الهبة المحضة التي ليس فيها معنى البيع وفي الاجارة تمليك منفعة بعوض وفيه معنى اللزوم وما كان لازما أقوى وأعلى مما كان ليس بلازم فكان في الكل الترقي من الادنى الى الاعلى * فأول القطر غيث ثم نسكب * (٧٦) ثم اعلم أن عقد الوديعة مشروع مندوب اليه والدليل على ذلك قوله تعالى وتعاونوا على البر والتقوى وهو تعاون على البر لان فيه اعانة لصاحبها بحفظ ماله وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من ائتمن أمانة فليؤدها ولا خلاف بين الامة في ذلك اه اتقاني وكتب على قوله الوديعة ما نصه فعيلة بمعنى مفعولة اه مصباح (قوله والمودع الشئ المتروك) قال في المغرب يقال أودعت زيدا مالا واستودعته اياه اذا دفعته اليه ليكون عنده فانا مودع ومستودع بالكسر وزيد مودع ومستودع بالفتح والمال مودع ومستودع أيضا أي وديعة اه ﴿فرع﴾ في صورة وضع المال عند آخر وذهابه وتركه أو القاء الريح في بيته كان قابلا للوديعة عرفا بالسكوت وكذا لو قال لصاحب الحمام اين أضع ثيابي فقال الحمامي ثمة فوضعه فسرقت يضمن الحمامي لتقصيره في الحفظ لانه يصير بقوله قابلا للوديعة اليه أشير في المبسوط والمغني وفتاوى قاضيخان اه (قوله لا ضمان عند الاستحفاظ) حتى لو أودع الآبق أو المال الساقط في البحر أو الطير الذي يطير في الهواء لا يصح وكون المودع مكلفا شرط أيضا يجب عليه الحفظ اه كاكي (قوله أو ما يقوم مقامه) احفظ هذا الشئ أو خذ هذا الشئ وديعة عندك اه (قوله وحكمها وجوب الحفظ على المستودع) حتى لو رأى انسانا يسوقها وهو قادر على منعه فلم يمنعه يضمن لتركه الحفظ الملتزم بالعقد وهذا معنى قول مشايخنا ان المودع يؤاخذ بضمان العقد اه بدائع وكتب ما نصه والايجاب وحده كاف في حق الامانة حتى لو قال المالك للغاصب أودعتك المغصوب برئ عن الضمان من غير قبول لان كون المال أمانة حكم مختص برب المال فيثبت به وحده وأما وجوب الحفظ فيلزم المودع فلا بد من قبوله صريحا أو دلالة اه شرح مجمع (قوله في المتن وهي أمانة) قال الاتقاني وهذا من قبيل حمل العام على الخاص وهو جائز كما في قولك الانسان

نهيا له عن العموم وهو علة ذلك فصح نهيه ولو ادعى كل واحد منهما نوعا كان القول لرب المال لانهما اتفقا على الخصوص فكان قول من يستفاد من جهته الاذن أولى والبينة بينة المضارب لحاجته الى نفي الضمان وعدم حاجة الآخر الى البينة ولو وقتت البينتان بأن قال رب المال دفعت اليك مضاربة أن تعمل في برقى رمضان وقال المضارب دفعت الي لاعمل في طعام في شوال أو بالعكس وأقاما البينة كانت بينة من يقول في شوال أولى لان آخر الشرطين ينسخ أولهما وان لم يوقتا أو وقتا وقتا واحدا أو وقتت احداهما دون الاخرى يقضي بما قال رب المال كأنهما لم يوقتا وقد بينا المعنى والله تعالى أعلم

﴿كتاب الوديعة﴾

قال رحمه الله (الايداع هو تسليط الغير على حفظ ماله والوديعة ما يترك عند الامين) هذا في الشرع وفي اللغة الوديعة مشتقة من الودع وهو طلق الترك قال عليه الصلاة والسلام لينتهين أقوام عن ودعهم الجماعات أو ليختمن على قلوبهم أو ليكتبن من الغافلين أي تركهم اياها قال الله تعالى ما ودعك ربك وما قلى قرئت بالتخفيف والتشديد والمودع الشئ المتروك وقال عليه الصلاة والسلام الايمان نور الله تعالى أودعه في قلوب المؤمنين فعلى العبد أن يسأل التوفيق على حفظ وديعة الله تعالى وعلى حفظ جميع الامانات فانه فرض قال النبي صلى الله عليه وسلم على اليد ما أخذت حتى تؤديه رواه أبو داود والترمذي وقال عليه الصلاة والسلام أد الامانة الى من ائتمنك ولا تخن من خانك رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن وقال الله تعالى ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى أهلها وحفظها يوجب سعادة الدارين والخيانة توجب الشقاء فيهما قال عليه الصلاة والسلام الامانة تجر الغنى والخيانة تجر الفقر وروى أن زليخا لما ابتليت بالفقر وابيضت عيناها من الحزن على يوسف عليه السلام جلست على قارعة الطريق في زي الفقراء فمر بها يوسف عليه السلام فقامت تنادي أيها الملك اسمع كلامي فوقف يوسف عليه السلام فقالت الامانة أقامت المملوك مقام المالك والخيانة أقامت المالك مقام المملوك فسأل عنها يوسف عليه السلام فقيل انها زليخا فتزوجها رحمة عليها ثم شرط الوديعة اثبات اليد عليها عند الاستحفاظ وركنها قول المودع أودعتك هذا المال أو ما يقوم مقامه من الاقوال والافعال والقبول من المودع بالقول والفعل أو بالفعل فقط وحكمها وجوب الحفظ على المستودع ووجوب الاداء عند الطلب وصيرورة المال أمانة في يده قال رحمه الله (وهي أمانة فلا تضمن بالهلاك) لقوله عليه الصلاة والسلام

حيوان ولا يجوز عكسه لان الوديعة عبارة عن كون الشئ أمانة باستحفاظ صاحبه عند غيره قصدا والامانة قد تكون من غير قصد كما اذا هبت الريح وألقت ثوب انسان فى حجر غيره يكون ذلك أمانة عنده ولكن بلا قصد فعلى هذا قوله الوديعة أمانة أى هى غير مضمونة اذا هلكت من غير تعد ثم قال الاتقانى وذكر الفقيه أبو الليث السمرقندى فى خزانة الفقه لا ضمان على المودع الا فى ثلاثة أشياء التقصير فى الحفظ وخلطها بماله ومنعها من مالكها بعد الطلب ثم قال فيها أربعة نفر يجوز للمودع دفع الوديعة اليهم ولا يضمن عند تلفها الزوجة والولد والمملوك والاجير ثم قال فيها شيآن لا يوجبان الضمان مع الخلاف اذا قال لا تدفع الى زوجتك فدفع اليها وتلف أو قال احفظها فى هذا البيت فحفظها فى بيت آخر من تلك الدار اه (قوله فى المتن وللمودع أن يحفظها بنفسه وبعياله) (٧٧) فى الذخيرة الدفع الى العيال انما يجوز اذا كان من فى عياله أمينا والا فلا يجوز اه ﴿ فرع ﴾ لو ادعى المودع رد الوديعة يقبل قوله مع اليمين ذكره الشارح فى أول الدعوى فليراجع اه (قوله فى المتن وان حفظها بغيرهم ضمن) صورته أن يخرج من بيته ويترك الوديعة فيه وفى بيته غيره والايداع أن ينقل الوديعة من بيته ويدفعها الى أجنبى فان قيل ينبغى أن لا يضمن بالايداع لما ذكر قبله أن الظاهر أنه التزم حفظ مال غيره على الوجه الذى يحفظ مال نفسه ومال نفسه يحفظ بالايداع فلنا قوله ان المالك رضى بيد تحفظه لا بيد غيره جواب عنه والمراد بقوله على الوجه الذى يحفظ مال نفسه أى بنفسه غالبا فان الغالب أن يحفظ مال نفسه بنفسه اه كاكى (قوله فى المتن الا أن يخاف) استثناء من قوله ضمن اه اتقانى وكتب ما نصه ولو أراد سفرا فليس له أن يودع لان السفر ليس بعذر اه بدائع (قوله فى المتن أو الغرق) أو اللصوص اه اتقانى (قوله ولا يصدق على ذلك الا ببينة) يعنى لو أودع غيره وادعى أنه فعله عن عذر لا يصدق الخ وكتب ما نصه قال الشيخ أبو الحسن الكرخى فى مختصره قال أبو يوسف ولا نصدقه على العذر حتى يقيم البينة ثم قال وكذلك قياس قول أبى حنيفة وذلك أن الايداع سبب للضمان فاذا ادعى شرط الضمان للضرورة لم يقبل قوله كما لو ادعى أن المالك أذن له فى الايداع وقال فى الخلاصة (١) فان دفع لضرورة بان احترق بيت المودع فدفعها الى جاره وكذا فيما يشبه هذا اه اتقانى وكتب أيضا ما نصه وفى المنتقى هذا اذا لم يعلم أن بيته احترق فاذا علم قبل قوله بلا بينة ذكره فى الذخيرة اه (قوله فيضمن) وقد قالوا ان الواجب عليه التمكين من أخذها دون حملها الى صاحبها قال فى شرح الطحاوى وكذلك لو جحد الوديعة ثم أقر بها صارت مضمونة عليه ولا يبرأ من ضمانها الا بالتسليم الى صاحبها بخلاف المودع اذا خالف فى الوديعة ثم ترك الخلاف وعاد الى الوفاق

لا ضمان على مؤتمن رواه الدارقطنى ولان المودع متبرع فى الحفظ وما على المحسنين من سبيل ولان يده يد المالك فيكون هلاكها فى يد المالك فلا يجب الضمان ولان للناس حاجة الى الايداع فلو ضمن المودع لامتنع الناس عن قبول الودائع فكانوا يحرجون بذلك وهلاكها لا يختلف بين أن يكون بشئ يمكن التحرز عنه أو لا وبين أن هلك للامين مال غيرها معها أو لم يهلك وقال مالك رحمه الله ان ادعى أنها سرقت وحدها يضمن لامكان التهمة قال رحمه الله (وللمودع أن يحفظها بنفسه وبعياله) لان المطلوب منه أن يحفظها مثل ما يحفظ مال نفسه ومال نفسه يحفظه عن فى عياله من زوجته وولده ووالديه أو غيرهم والمعتبر فيه المساكنة لا النفقة عليه ألا ترى أن المرأة اذا دفعت الوديعة الى زوجها لا تضمن ولو دفع الى أجيره الذى استأجره مشاهرة ونفقته عليه لا يضمن وعن محمد رحمه الله أن المودع اذا دفع الوديعة الى وكيله وليس فى عياله أو دفع الى أمين من أمنائه ممن يثق به فى ماله وليس فى عياله لا يضمن لانه حفظه مثل ما يحفظ ماله وجعل مثله ولا يجب عليه أكثر من ذلك ذكره فى النهاية ثم قال وعليه الفتوى وعزاه الى التمرتاشى وهو الى الحلوانى ثم قال وعن هذا لم يشترط فى التحفة فى حفظ الوديعة بالعيال فقال ويلزم المودع حفظه اذا قبل الوديعة على الوجه الذى يحفظ به ماله وذكر فيه أشياء حتى ذكر أن له أن يحفظ بشريك العنان والمفاوضة وعبده المأذون له الذى فى يده ماله ثم قال وبهذا يعلم أن العيال ليس بشرط فى حفظ الوديعة قال رحمه الله (وان حفظها بغيرهم ضمن) أى بغير من فى عياله لان صاحبها لم يرض بيد غيره والايدى تختلف فى الامانة ولان الشئ لا يتضمن مثله كالمضارب لا يضارب والوضع فى حرز غيره من غير استخبار له ايداع حتى يضمن به لان الوضع فى الحرز وضع فى يد من فى يده الحرز فيكون كالتسليم اليه قال رحمه الله (الا أن يخاف الحرق أو الغرق فيسلمها الى جاره أو فلك آخر) لان التسليم الى جاره أو الالقاء الى سفينة أخرى عند احاطة النار داره وعند تخبط السفينة تعين حفظا فلا يضمن به ولا يصدق على ذلك الا ببينة لان تسليم الوديعة الى غيره موجب للضمان ودعوى ضرورة دعوى مسقط له فلا يقبل الا ببينة كما اذا أتلفها بالصرف فى حاجته باذن صاحبها قالوا هذا اذا لم يمكنه أن يدفعها الى من هو فى عياله وان أمكنه أن يحفظها فى ذلك الوقت بعياله فدفعها الى الاجنبى يضمن لانه لا ضرورة له فيه وكذا لو ألقاها فى سفينة أخرى وهلكت قبل أن تستقر فيها بأن وقعت فى البحر ابتداء أو بالتدحرج يضمن لان الاتلاف حصل بفعله قال رحمه الله (وان طلبها بها فحبسها قادرا على تسليمها أو خلطها بماله بحيث لا تتميز ضمنها) لانه متعد بالمنع بعد الطلب مع القدرة على تسليمها اذ لا يرضى صاحبها بامساكها بعده فيكون معزولا فصار يده عليها كيد الغاصب فيضمن وكذا بالخلط صار مستهلكا متعديا اذ لا يمكنه الوصول الى عين

(١) قوله فان دفع لضرورة الخ هكذا فى أصل الحاشية وانظر أين جواب الشرط وحرر اه مصححه

ارتفع الضمان عندنا وعند الشافعي لا يرتفع كالجحود اه اتقاني ﴿فرع﴾ قال قاضيخان قوم دفعوا الى رجل دراهم ليدفع اثلاثها عنهم فأخذها وشدها في منديل ووضع في كمه فدخل المسجد فذهبت منه الدراهم وهو لا يدري كيف ذهبت وأصحاب المال لا يصدقونه قالوا لا يكون ضامنا وهو كما لو قال ذهبت الوديعة ولا أدري كيف ذهبت وثمة القول قوله مع اليمين ولا ضمان عليه اه (قوله يوجب انقطاع حق المالك بالضمان) وهذا بالاجماع اه هداية (قوله في المتن وان اختلطت بغير فعله الخ) قال الحاكم الشهيد في مختصر الكرخي فان نثق الكيس في صندوقه فاختلطت بدراهمه فلا ضمان عليه وهما فيه شريكان وان هلك بعضها هلك من مالهما جميعا ويقسم الباقي بينهما على قدر ما كان لكل واحد منهما يعني اذا كان لاحدهما ألف وللآخر ألفان يقسم الباقي بينهما أثلاثا لانه اختلط بماله الآخر خلطا لا يمكن التمييز بينهما فثبتت الشركة بينهما حيث لم يجب الضمان لعدم التعدي لوجود هلاك كل واحد منهما في بعضه قال الولوالجي في فتاواه هذا اذا كانت الدراهم صحاحا أو مكسرة فان كانت دراهم أحدهما صحاحا ودراهم الآخر مكسرة فلا تثبت الشركة بينهما بل يميز مال كل واحد منهما فيدفع الى المودع ماله ويملك المودع مال نفسه لانه يمكن التمييز بينهما وان كان مال أحدهما دراهم صحاحا جيادا وفيها بعض الردى ودراهم الآخر صحاحا رديئة وفيها بعض الجياد تثبت الشركة بين المالين لان هذا خلط لا يمكن التمييز بينهما ثم كيف يقتسمان ان تصادقا أن ثلثي مال أحدهما جياد وردىء (قوله فيشتركان) وهذا بالاتفاق اه هداية (قوله وصار للبعض الآخر ضامنا أيضا) قال الولوالجي في فتاواه وان كانت الوديعة دراهم أودنانير أو شيأ من المكيل أو الموزون فأنفق طائفة منها في حاجته كان ضامنا لما أنفق منها لانه أتلف بالانفاق ولا يضمن ما بقي لانه لم يتلف فان جاء مثل ما أنفق وخلط بالباقي صار ضامنا لجميعها ما أنفق بالاتلاف وما بقي بالخلط هذا اذا لم يجعل التعدي على ماله علامة حين خلط عمال الوديعة أما اذا كان علامة لا يضمن سوى ما أنفق لامكان التمييز اه اتقاني (قوله في المتن وان تعدى الخ) قال الاتقاني ولقب المسئلة ان المودع اذا خالف في الوديعة ثم عاد الى الوفاق يبرأ عن الضمان عندنا خلافا لزفر والشافعي كذا في نسخ طريقة الخلاف وقال في التحفة وفي المستأجر والمستعير اذا خالفا ثم تركا الخلاف بقي الضمان وعند بعضهم هذا بمنزلة المودع كذا في التحفة وقال في خلاصة الفتاوى وفي الاجارة والاعارة الاصح أنه لا يبرأ عن الضمان بالعود الى الوفاق واختلف المشايخ في أن العين بالخلاف هل تدخل في ضمانه أم لا قال بعضهم لا تدخل في ضمانه حتى لو هلك في حالة الخلاف لا يضمن واليه ذهب الفقيه أبو جعفر الهندواني والصحيح أنه يدخل في ضمانه بالخلاف فان محمدا نص في الكتاب أنه اذا هلك في حالة الخلاف واختلفا في القيمة فالقول قول المودع والبينة بينة المالك كذا ذكر الامام علاء الدين العالم في طريقة الخلاف وقال في الطريقة البرهانية والاصح أن العين تدخل في ضمانه لان محمدا ذكر بلفظ

حقه بسبب فعله فيجب عليه الضمان وعلك المخلوط ولا سبيل للمودع في المخلوط عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا اذا خلطها بجنسها شركة ان شاء لانه لا يمكنه الوصول الى عين حقه صورة وأمكنه معنى بالقسمة فكان استهلاكا من وجه فميل الى أيهما شاء وهذا لان القسمة فيما لا تتفاوت آحاده افراز وتعيين حتى يملك كل واحد من الشريكين أن يأخذ حصته عينا من غير قضاء ولا رضا فكان امكان الوصول الى عين حقه قائما معنى فيتخير وله أنه استهلاك من كل وجه لانه فعل يتعذر معه الوصول الى عين حقه ولا يكون الاستهلاك من العباد أكثر من ذلك لان اعدام المحل لا يدخل تحت قدرتهم فيصير ضامنا ولا معتبر بالقسمة لانها لو جبها الشركة ليصل كل واحد الى حقه فلا تصلح أن تكون موجبة للشركة لان حكم العلة لا يكون علة العلة ثم قالوا الاباحة للخلط التناول قبل أداء الضمان ولو أبرأ المودع الخالط لا سبيل للمودع على المخلوط عند أبي حنيفة رحمه الله لان حقه في الدين لا غير وقد سقط بابرائه وعندهما يسقط الخيار وتتعين الشركة في المخلوط وفيه تظهر ثمرة الخلاف ولو خلط المائع بخلاف جنسه كالزيت بالشيرج يوجب انقطاع حق المالك بالضمان لان استهلاك صورة ومعنى لتعذر القسمة باعتبار اختلاف الجنس وتعين المبادلة ومن هذا القبيل خلط الحنطة بالشعير في الصحيح لان أحدهما لا يخلو عن حبات الآخر فتعذر التمييز وقيل لا ينقطع بالاجماع لامكان التمييز في الجملة وقيل القياس أن يكون المخلوط ملكا للخالط عند أبي حنيفة رحمه الله وفي الاستحسان لا يصير ولو خلط المائع بجنسه ينقطع حق المالك عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه لما بينا وعند أبي يوسف رحمه الله يجعل الاقل تابعا للاكثر اعتبارا للغالب أجزاء وعند محمد رحمه الله شركة بكل حال لان الجنس لا يغلب الجنس عنده وقد مر في الرضاع ولو خلطت الفضة بالفضة بعد الاذابة صار من المائعات لانه مائع حقيقة عند الخلط فيكون على الخلاف المذكور قال رحمه الله (وان اختلطت بغير فعله اشتركا) لان الضمان لا يجب عليه الا بالتعدي ولم يوجد منه فعل فيشتركان ضرورة وهذه شركة أملاك وقد بينا حكمها في الشركة قال رحمه الله (ولو أنفق بعضها فرد مثله فخلطه بالباقي ضمن الكل) لان البعض صار مضمونا عليه بالانفاق لانه متعد فيه وصار للبعض الآخر ضامنا أيضا لكونه خلط ماله بها لان الضمان لا يصح الا بالتسليم الى صاحبه وقبله باق على ملكه فاذا خلطه بالوديعة صار مستهلكا للوديعة فيضمن على ما بينا قال رحمه الله (وان تعدى فيها ثم زال

التعدّى زال الضمان بخلاف المستعير والمستأجر واقراره بعد جحوده) وقال الشافعى رضى الله تعالى عنه لا يبرأ عن الضمان لان عقد الوديعة ارتفع حين صار ضامنا للمنافاة بين الضمان والامانة فلا يبرأ الا بالردّ على صاحبها ولا تعود الامانة الا بعقد جديد فصار كالمستعير والمستأجر وكالجحود ولنا أنه مأمور بالحفظ وقد وجد وهذا لان الامر بالحفظ مطلق فيتناول الاوقات كلها فاذا خالف فى البعض ارتفع حكم العقد فى ذلك البعض فاذا رجع الى الوفاق فى غيره أتى بالمأمور به فيه فارتفع الخلاف ضرورة فتعود الامانة كما اذا استأجر أجيرا للحفظ فى مدّة فترك الحفظ فى بعضها ثم عاد فانه يستحق الاجر بقدره بخلاف المستعير والمستأجر للعين اذا تعدّى فى العين المستعارة والمستأجرة ثم زال التعدّى حيث لا يبرأ عن الضمان لان البراءة من الضمان انما تكون باعادة يد المالك حقيقة أو حكما ولم يوجد ذلك لان قبضهما العين كان لانفسهما لاستيفاء المنافع فاذا تركا الخلاف لم يوجد الردّ الى صاحبها لا حقيقة ولا حكما بخلاف المودع فان يده يد المالك حكما لانه عامل له فى الحفظ فاذا ترك الخلاف فقد ردّها الى يد صاحبها حكما فبرئ اذ هو نائب عنه وبخلاف الجحود لان الجحود رفع للعقد فينفسخ به العقد فلا يعود الا بعقد جديد كالاحكام الشرعية فانه بالجحود ينتقض إيمانه فلا يعود مسلما الا بعقد جديد وبالمخالفة فعلا لا ينتقض حتى اذا عاد الى الوفاق صح ولهذا جحود الوكيل الوكالة يكون فسخا وكذا جحود أحد المتبايعين البيع ولانه لما جحد بحضرته عزل نفسه وهو يملك ذلك بحضرته وينفرد به ولانه لما طالبه المودع فقد عزله فيكون هو بعد ذلك بالامساك غاصبا ولو عاد الى الاقرار وهذا معنى قوله فى المختصر بخلاف المستعير والمستأجر واقراره بعد جحوده وقال أبو يوسف رحمه الله لو جحدها عند غير صاحبها أو عنده حين سأله عن حالها من غير أن يطلب منه الردّ أو طلب منه الردّ عند من يخاف عليها منه فجحدها لا يضمن لان الجحود فى هذه الصور من باب الحفظ وهو مأمور به فلا يعدّ انكارا ولا خلافا وانما هو اتقان للحفظ ولانه لا يملك عزل نفسه حال غيبته ولم يعزله صاحبها فيكون باقيا على حاله وقال زفر رحمه الله يضمن لان الجحود سبب الضمان لكونه اتلافا حكما فلا يختلف باختلاف الاحوال كالاتلاف حقيقة قلنا فى هذه الاحوال ليس باتلاف وانما يكون اتلافا اذا أراد تملكها ومراده هنا حفظها بقطع طمع الطامعين فكيف يكون اتلافا قال رحمه الله (وله أن يسافر بها عند عدم النهى والخوف) أى للمودع أن يسافر بالوديعة اذا لم ينهه المودع ولم يخف عليها بالاخراج وهذا على اطلاقه قول أبى حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف له الخروج بها الى مسافة قصيرة وان طالت لا يخرج بماله حمل ومؤنة لان القصيرة لا يخاف فيها عادة ولهذا تسافر المرأة السفر القصير بغير محرم ولا زوج وقال محمد لا يخرج بماله حمل ومؤنة لانه يلزمه مؤنة الردّ فيما له حمل ومؤنة والظاهر من حاله أنه لا يرضى به وربما تستغرق المؤنة الوديعة وفيه اهلاكها فلا يجوز كالوكيل بالبيع حيث لا يكون له اخراج المبيع فان أخرج ضمن وقال الشافعى ليس له أن يخرج بها سواء كان له حمل ومؤنة أو لم يكن لان المطلق ينصرف الى المتعارف وهو الحفظ فى الامصار عادة وصار كالاستحفاظ بأجر ولابى حنيفة رحمه الله أن الامر صدر مطلقا فلا يتقيد بالمكان كما لا يتقيد بالزمان والمفازة محل للحفظ اذا كان الطريق آمنا والكلام فيه فصار كالمصر ولهذا يملكه الاب والوصى فى مال الصغير مع ان ولايتهما نظرية لقوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتى هى أحسن ولولا أنه من الاحسن لما جاز ذلك لهما ألا ترى أن الجودة فى الاموال الربوية تتقوّم فى تصرفهما حتى لا ينفذ بيعهما بمثلها وزنا لعدم النظر والوكيل بالبيع مأمور بالبيع لا بالحفظ وانما يجب عليه الحفظ بمقتضى الامر بالبيع اذ لا يمكنه بيعه الا بعد حفظه والاستحفاظ بأجر عقد معاوضة فيقتضى التسليم فى مكان العقد وما يلزم الآمر من مؤنة الردّ ضرورة صحة أمره فلا يعدّ ذلك اضرارا به والمعتاد كونهم فى المصر لا حفظهم فيه ومن يكون فى المفازة يحفظ ماله فيها كأهل الاخبية ولو كان الطريق مخيفا ليس له أن يسافر بها ان كان له منه بد وان لم يكن له منه بد بأن سافر مع أهله لا يضمن ولو نهاه أن يخرج بها من المصر فخرج بها ضمن ان كان له منه بد لأن المصر

البراءة والبراءة انما تكون بعد الوجوب اه اتقانى وكتب على قوله فى المتن وان تعدّى ما نصه بان كانت دابة فركبها أو ثوبا فلبسه أو عبدا فاستخدمه أو أودعه عند غيره اه هداية (قوله ولا تعود الامانة الا بعقد جديد) والحاصل أنهما اعتبرا الخلاف فعلا بالخلاف قولا فاذا جحد الوديعة ثم أقر لا يبرأ عن الضمان فكذا هنا اه غاية (قوله والمستأجر للعين اذا تعدّى الخ) بان استأجر دابة الى مكان معين ثم جاوزه ثم عاد اليه فانه لا يبرأ ومن أصحابنا من قال ان كان استأجرها ذاهبا وجائيا يبرأ عن الضمان وان كان استأجرها ذاهبا لا جائيا لا يبرأ عن الضمان لان العقد قد انتهى بالوصول الى ذلك المكان وبالعود اليه لا يعود العقد بينهما اه (قوله أو عنده حين سأله عن حالها) وخص قول أبى يوسف وان كان الحكم عند علمائنا الثلاثة كذلك وكذا عند الائمة الثلاثة لما أن هذا التفصيل لم يكن مذكورا فى مبسوط محمد وفيما ذكر فى اختلاف زفر ويعقوب فأورده كذلك اه معراج

(قوله والخلاف فى ذوات الامثال) قال صاحب الهداية والخلاف فى المكيل والموزون وهو المراد بالمذكور فى المختصر أى فى مختصر القدورى وانما قال وهو المراد لان كلام القدورى باطلاقه يشمل ما يقسم وما لا يقسم فكان محتملا لوجهين فقال المراد منه ما يقسم استدلالا بوضع الجامع الصغير لان محمدا قال فيه ثلاثة نفر أودعوا رجلا ألف درهم فغاب اثنان وجاء واحد يريد أن يأخذ نصيبه الى هنا لفظ الجامع الصغير قالوا فى شروح الجامع وكذا الخلاف فى كل الاموال التى تحتمل القسمة وكذلك وضع المسئلة فى مختصر الطحاوى حيث قال ومن استودعه ثلاثة نفر من الدراهم أو ماسواها مما يقسم ثم جاء أحدهم يطلب نصيبه ولم يحضر صاحباه لم يكن عليه أن يعطيه منها شيأ وهذا قول أبى حنيفة وبه نأخذ وقال أبو يوسف ومحمد عليه أن يعطيه ثلثها الى هنا لفظ الطحاوى فى مختصره وقال الامام الاسبيجابى فى شرح مختصر الطحاوى وقال صاحبا يدفع نصيبه اليه ولا يكون هذا قسمة على الغائب (١) حتى ان الغائب لو هلك فى يد المودع كان للغائب أن يشارك القابض فيما قبض (٨٠) ولو هلك المقبوض فى يد القابض فليس له أن يشارك المقبوض فيما قبض (قوله وفى غيره ليس له ذلك بالاجماع) قال قاضيخان فى شرح الجامع الصغير وان كانت الوديعة عرضا فالصحيح انه لا يكون للحاضر أن يأخذ نصيبه فى قولهم جميعا اه اتقانى (قوله ثم خرج الآخر وطالبه) أى وقال انا دفعناه اليك وقد ضيعت حقى بالدفع اليه وحده اه اتقانى (قوله فقال له قل لا أعطيك حتى تحضر صاحبك) أى لانكما دفعتماه الى اه (قوله فى المتن وان أودع رجل عند رجلين الخ) هذه المسئلة عكس التى قبلها الان فى هذه المودع واحد والمودع متعدد والمتقدمة بالعكس اه (قوله ولو دفع الى الآخر ضمن) أى ضمن الدافع النصف ولا يضمن القابض كما سيجىء اه وكتب ما نصه قال الشيخ أبو الحسن الكرخى فى مختصره واذا أودع رجل رجلين مالا قال يأخذ كل واحد منهما نصفه يعنى يقتسمانه قال فان دفع أحدهما المال كله الى صاحبه فتوى المال (ولو قال يضمن فى قول أبى حنيفة الذى دفع النصف ولا يضمن فى قول أبى يوسف ومحمد شيأ قال محمد ان أبا حنيفة قال ذلك فيما تستطاع قسمته فأما ما لا تستطاع قسمته نحو المماليك والثوب فاذا دفع أحد المستودعين ذلك الى صاحبه لم يضمن اه اتقانى (قوله اذا سلم أحدهما الى الآخر) أى فضاع ضمن النصف اه اتقانى (قوله فى الوجهين) أى فيما يقسم وما لا يقسم اه (قوله لان المودع رضى بأمانتهما) أى فكان دفع كل واحد منهما دفعا الى أمين المالك اه اتقانى (قوله على الانفراد) أى على سبيل المهايأة اه وكتب ما نصه قال فى قسم المبسوط من الشامل لو أودع رجلين عبدا فتهايآ على أن يكون عند أحدهما شهرا وعند الآخر شهرا لم يضمنا لانه لا يمكن الحفظ معا فجاز

أبلغ فى الحفظ فكان التقييد مفيدا وان لم يكن له منه بد لا يضمن قال رحمه الله (ولو أودع عاشر ما لم يدفع المودع الى أحدهما حظه) أى لو أودع رجلان شيأ عند رجل فحضر أحدهما يطلب نصيبه لم يدفع اليه حتى يحضر الآخر وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وهو مروى عن على رضى الله تعالى عنه وقالا له ذلك والخلاف فى ذوات الامثال وفى غيره ليس له ذلك بالاجماع لهما أن الحاضر طلب نصيبه خاصة فيؤمر بالدفع اليه كما فى الدين المشترك وهذا لانه يطالبه بتسليم ما سلم اليه وهو النصف وهو له ولهذا كان له أن يأخذه اذا ظفر به فكذا يؤمر المودع بالتسليم اليه ولابى حنيفة رحمه الله ما روينا عن على رضى الله تعالى عنه ولان المودع لا يملك القسمة بينهما ولهذا لو دفع اليه نصفه لا يكون قسمة بالاجماع حتى اذا هلك الباقى فى رجع صاحبه على الآخر بحصته بالاجماع فاذا لم يقع قسمة لا يجوز له أن يدفع نصيب الغائب اليه لعدم اذنه بذلك فيكون متعديا بالدفع فيضمن نصفه بخلاف الدين المشترك لانه لا يطالبه بتسليم حقه لان الديون تقضى بأمثالها وأخذه الشريك عند الظفر به لا يدل على أن المودع يؤمر بالدفع ألا ترى أن رجلا اذا كان له على انسان ألف درهم دين وللمديون ألف درهم وديعة عند آخر فليغريمه أن يأخذ الوديعة اذا ظفر بها وليس للمودع أن يدفع اليه ولا يؤمر بذلك وروى أن رجلين دخلا الحمام وأودعا عند الحمامى ألفا فخرج أحدهما فطلبه منه فأعطاه ثم خرج الآخر وطالبه فتحيرا لحمامى وذهب الى أبى حنيفة رحمه الله فقال له قل لا أعطيك حتى تحضر صاحبك فانقطع قال رحمه الله (وان أودع رجل عند رجلين ما يقسم اقتسماه وحفظ كل نصفه ولو دفع الى الآخر ضمن بخلاف ما لا يقسم) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وكذا الجواب فى المرتهنين والوكيلين بالشراء اذا سلم أحدهما الى الآخر وقالا لاحدهما أن يحفظ باذن الآخر فى الوجهين لان المودع رضى بأمانتهما فكان لكل واحد منهما أن يسلم الى الآخر ولا يضمن كما فيما لا يقسم ولابى حنيفة رحمه الله وهو أقيس أن المالك رضى بحفظهما لا بحفظ أحدهما ورضاه بأمانة الاثنين لا يكون رضا بأمانة الواحد وهذا لان الاصل ان فعل الاثنين اذا أضيف الى ما يقبل الوصف بالتجزى يتناول البعض لا الكل فاذا سلم الكل الى الآخر لم يرض المالك به فيضمن ولا يضمن القابض لان مودع المودع لا يضمن عنده وأما فيما لا يقسم فالمالك رضى بثبوت يد كل واحد منهما على الانفراد فى الكل لانه لما أودعهما مع علمه بأنهما لا يجتمعان على حفظه آناء الليل والنهار وأمكنهما المهايأة صار راضيا بحفظ كل واحد منهما بجميعه على الانفراد قال رحمه الله

(١) قوله حتى ان الغائب الخ هكذا فى أصل الحاشية ولعل فيه سقطا وتحريفا فارجع الى الاصول الصحيحة اه كتبه مصححه

على هذا الوجه اه اتقاني (قوله في المتن ولو قال له لا تدفع الى عيالك الخ) قال الحاكم الشهيد في مختصره المسمى بالكافي وان قال لا تدفعها الى امرأتك أو عبدك أو ولدك أو أجيرك فاني أتهمهم عليها فدفعها الى الذي نهاه عنه فهلكت فان كان المستودع لم يجد بدا من دفعها اليه لم يضمنها وان كان يجد من أهله وخدمه من يدفعها اليه ويضمها عنده غير هذا فأعطاه وهو يجد غيره ضمنه صاحب الوديعة الى هنا لفظ الكافي وذلك لانه خالف في الوجه الاول بعذر وفي الوجه الثاني خالف بغير عذر اه اتقاني (قوله فنهاه عن التسليم الى امرأته) هكذا هو بخط الشارح وصوابه الى غلامه فتأمل اه (قوله في المتن وان كان له منه بد أو حفظها الخ) قال محمد في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل أودع رجلا وديعة وأمره أن يحفظها في داره فنهاه عن الوضع في دار أخرى فوضعها في التي نهاه عنها فهلكت قال هو ضامن وان كان بيتان في دار والمسئلة بحالها لم يضمن وقال الحاكم الشهيد في مختصره المسمى بالكافي واذا قال صاحب الوديعة للمستودع اخبأها في بيتك هذا فخبأها في بيت آخر من داره تلك فضاعت فلا ضمان عليه استحسانا ألا ترى انه لو قال أمسكها بيدك ولا تضعها اليلا ولا نهارا فوضعها في بيته فهلكت لم يضمنها ولو قال اخبأها في دارك (٨١) هذه ولا تخبأها في دارك الأخرى فوضعها في التي نهى عنها ضمن ألا ترى أنه لو قال لا تخرجها من الكوفة فخرج بها الى البصرة كان ضامنا لها وان انتقل من الكوفة الى البصرة أو الى غيرها الشيء لم يكن له منه بد فهلكت فلا ضمان عليه الى هنا لفظ الكافي وعند الشافعي يضمن كذا في شرح الاقطع وذلك لانه نقلها الى بيت آخر من غير ضرورة فصار كما اذا انتقلها الى دار أخرى ولنا أن الدار حرز واحد بدلالة ان السارق اذا أخذ من بيت من الدار فنقل الى بيت آخر لم يقطع لانه لم يهتك الحرز بعد والحرز الواحد لا فائدة في تخصيص بعضه دون بعض ولا فائدة في تخصيصه في الامر بسقط

(ولو قال له لا تدفع الى عيالك أو احفظ في هذا البيت فدفعها الى من لا بد له منه أو حفظه في بيت آخر من الدار لم يضمن) أي المودع قال ذلك للمودع لمخالفه في ذلك لا يضمن لانه لا يمكنه الحفظ مع مراعاة شرطه فلم يكن مفيدا فيلغو وهذا اذا كانت الوديعة مما يحفظ في بيت من منعه المودع من الدفع اليه مثل أن تكون الوديعة فرسا فمنعه من التسليم الى غلامه أو تكون عقد جوهر فمنعه من التسليم الى امرأته أو كانت بيوت الدار متساوية أما اذا كانت الوديعة مما لا يحفظ في بيت من نهاه عن الدفع اليه كما اذا كانت الوديعة فرسا فنهاه عن الدفع الى امرأته أو كانت عقد جوهر فنهاه عن التسليم الى امرأته أو كانت بيوت الدار مختلفة بان كان في بعضها عوز ظاهر فيضمن بالمخالفة لان التقييد مفيد في مثله قال رحمه الله (وان كان له منه بد أو حفظها في دار أخرى ضمن) أي ان كان له بد من دفع الوديعة الى من نهاه عن دفعها اليه بان نهاه أن يدفعها الى امرأته فلانة وله امرأة أخرى أو نهاه أن يسلمها الى غلامه فلان وله غلام آخر فخالفه أو قال له احفظها في هذا البيت أو في هذه الدار فحفظها في دار أخرى ضمن لان الناس يختلفون في الامانة والكياسة ومعرفة طرق الصيانة والاحتراز عما يوجب شينا في الدين اذ هي الحاملة على الحفظ كما ينبغي وكذا الدور تختلف في الحرز فكان هذا الشرط مفيدا فيعتبر اذا كان لا يخرج بالوفاء بالشرط وذلك عند وجود من ذكرنا والا فلا قال رحمه الله (ضمن مودع الغاصب لا مودع المودع) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يضمن مودع المودع أيضا فيكون لصاحبها الخيار ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثاني فان ضمن الاول لا يرجع به على أحد وان ضمن الثاني رجع به على الاول لكونه عاملا له لان الاول خائن بالتسليم الى الثاني بغير اذن المالك والثاني متعد بقبضه بغير اذنه فنزل منزلة الغاصب ومودع الغاصب أو الغاصب وغاصب الغاصب أو الغاصب والمشتري منه غير أن الثاني مغرور من جهة الاول عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة وله أنه قبض المال من يد أمين لانه بالدفع لا يضمن ما لم يفارقه لحضور رأيه

(١١ - زيلعي خامس) في الايداع كما لو قال احفظها بيتك دون بيتك أو قال ضعها في يمين البيت دون يساره حتى لو كان بين البيتين تفاوت في الحرز بأن كانت الدار عظيمة وظهر البيت الذي نهاه عنه الى السكة أو نحو ذلك قالوا في شروح الجامع الصغير يضمن بخلاف الدارين فان التفاوت في الحرز ظاهر فيهما ولهذا لو أخذ السارق من احدى الدارين فنقل الى الاخرى قطع حتى لو كانت الدار التي نهى عن الوضع فيها أحرز أو كانتا سواء في الحرز لا يضمن وبه صرح في شرح الطحاوي لان النهي ليس بمفيد والاصل أن كل شرط يفيد اعتباره ويمكن المودع مراعاته فهو معتبر وكل شرط لا يمكن مراعاته ولا يفيد اعتباره فهو لغو وقال فخر الدين قاضيخان في شرح الجامع الصغير ولو قال احفظها في كيسك ولا تحفظها في صندوقك أو قال احفظها في صندوقك ولا تحفظها في البيت فحفظها في البيت لا يضمن والصندوق من البيت بمنزلة البيت من الدار لقلة التفاوت بينهما اه اتقاني (قوله في المتن ضمن مودع الغاصب لا مودع المودع) صورة المسئلة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رضي الله عنه في رجل أودع رجلا ألف درهم فأودعها المستودع الاول رجلا آخر فهلكت في يده قال لصاحب الالف أن يضمن المستودع الاول ولا يضمن الآخر وقال أبو يوسف ومحمد يضمن صاحب المال أيهما شاء فان ضمن الاول لم يرجع على الآخر بشيء وان ضمن الآخر رجع على الاول الى هنا لفظ محمد في أصل الجامع الصغير وقول الشافعي مثل قولهما كذا في شرح الاقطع اه اتقاني

(قوله لا بصورته) أي لا باعتبار صورة مجرد اليد الاول اه من خط الشارح اه (قوله بالاجماع) كذا في الذخيرة اه (قوله ولا يقال الخ) هذا السؤال والجواب أوردهما الاتقاني في شرحه ونصه فان قلت ان الاول اذا كان ضامنا كان الثاني آخذا من يد ضمين فينبغي أن يكون الثاني ضامنا ضرورة قلت هذه مغالطة لان الاول لم يكن ضامنا بمجرد الدفع قبل المفارقة بل هو أمين حينئذ لما قلنا وانما صار ضامنا بالمفارقة بصنع منه والثاني لم يوجد منه صنع فلا يضمن اه (قوله وقال ابن أبي ليلى لا يضمن الخ) قال الاتقاني وفي قول ابن أبي ليلى أن كل من ملك شيأ ملك تمليكه غيره بمثل ما ملكه كالعبد المأذون أذن والمكاتب يكاتب والمستأجر يؤاجر والمستعير يعير فاذا كان كذلك لم يجب الضمان (٨٣) على واحد منهما لانه لم يوجد التعدي من الاول في الايداع ولا من الثاني في القبض اه

(قوله فكان متعديا بالدفع فيضمن) وقياسه ضعيف لان المودع ليس بمالك أصلا لانه ليس بمالك لعين الوديعة ولا لمنفعتها وانما هو رجل ملك منافع نفسه فلا يملك تسليم الوديعة الى غيره (قوله في المتن معه ألف ادعى رجلان الخ) صورة المسئلة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في ألف درهم في يدي رجل ادعاها رجلان كل واحد منهما يدعي أنه أودعها اياه فابى أن يحلف لهما قال تكون هذه الالف بينهما ويغرم ألفا أخرى فتكون بينهما نصفين الى هنا لفظ محمد في أصل الجامع الصغير قال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير وفي قول ابن أبي ليلى لا يجب عليه الا دفع الالف بعينها لانه لم يأخذ الا ألفا واحدة فلا يجب عليه ألف أخرى أما مذهب علمائنا فلانه لما نكل لاحدهما فقد أقر أنه قبض منه ألفا فلما نكل للآخر فقد أقر أنه أخذ منه ألفا فلما أقر لكل واحد منهما بألف ولم يصل لكل واحد منهما لا يكون الا خمسمائة فعليه أن يغرم لكل منهما تمام الالف بيان المسئلة أن كل واحد من المدعيين ادعى دعوى صحيحة لاحتمال الصدق في دعوى كل منهما فتوجهت اليمين لكل واحد منهما على المنكر لقوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعي واليمين على من أنكر ولكن يحلف لكل واحد منهما على الانفراد لان كل واحد منهما ادعى عليه معنى لو أقر به يلزمه فاذا أنكر يحلفه اه اتقاني (قوله لاقراره) أي على قولهما اه (قوله أو لبذله اياه) أي على قول أبي حنيفة اه (قوله وبأيهما) الذي بخط الشارح ولأيهما اه (قوله أو لاحدهما) أي فانه بعد نكوله للاول ان نكل للثاني يكون الالف بينهما ويقضى لهما جملة وان حلف للثاني كان كل الالف للاول اه

لان حفظه باق ما دام في مجلسه وصاحبها رضي به باعتبار حصول رأيه لا بصورة يده بدليل انها لو هلكت قبل أن يفارقه لا يضمن واحد منهما بالاجماع فعلم بذلك أن الايداع مباح له اذا لم يقطع رأي الاول فلم يكن متعديا بمجرد الدفع ما لم يفارقه فاذا فارقه صار مضيعا لها وقت التفريق بترك الحفظ الملتزم بالعقد والقابض منه لم يكن متعديا بالقبض بدليل ما ذكرنا من عدم وجوب الضمان بالهلاك قبل أن يفارقه الاول وبعد الافتراق لم يحدث فعلا آخر بل هو مستمر على ذلك الفعل وهو أمين فيه فكيف يكون متعديا ضامنا بعده وهو لم يفوت الحفظ الذي التزمه بعقد وهذا لانه لما صار في أوله أمينا وجب أن يبقى كذلك حتى يوجد منه فعل يبطله فصار نظير ما لو هبت الريح في ثوب انسان فألقته في حجر غيره فانه لا يضمن بالاستمرار ما لم يوجد منه فعل بعد فكذا هذا واجلس بينهما أن كل واحد منهما لم يكن متعديا في الابتداء فلا ينقلب متعديا بدون احداث فعل آخر ولا يقال لو لم يكن متعديا بالدفع لما ضمن بالافراق كما اذا دفعها الى من في عياله فلما ضمن بالافراق علم انه متعد فيكون القابض منه أيضا متعديا فيضمن ضرورة لانا نقول لما جاز له الدفع وهو حاضر بالاجماع بدليل ما ذكرنا صار كأن المودع قال له أذنت لك أن تدفعه الى غيرك بشرط أن لا تفارقه فانه لا يضمن ما دام معه فكذا هذا بخلاف مسئلة الغاصب والغاصب منه وأخواتها لانهم صاروا مثله بالتلقي منه ابتداء لعدم اذن المالك فكذا بقاء ثم مودع الغاصب ان لم يعلم أنه غاصب رجع على الغاصب قولا واحدا وان علم فكذلك في الظاهر وحكى أبو اليسر أنه لا يرجع عليه أشار شمس الائمة ذكره في النهاية وقال ابن أبي ليلى لا يضمن المودع بالايداع ولا مودع المودع بالقبض بناء على أن له أن يودع عنده لانه يجب عليه أن يحفظ الوديعة مثل ما يحفظ ماله ويحفظ ماله تارة بنفسه وتارة بغيره قلنا لم يوجد من المودع الرضا بالدفع الى غيره ولا الدلالة على الرضا اذ لو رضي بغيره لما أودعها عنده فكان متعديا بالدفع فيضمن قال رحمه الله (معه ألف ادعى رجلان كل أنه له أودعه اياه فتكل لهما فالالف لهما وغرم آخر بينهما) أي اذا كان في يد رجل ألف فادعاها رجلان كل واحد منهما أنها له أودعها اياه يحلف لهما فان نكل لهما كان الالف بينهما وعليه ألف آخر بينهما بيان ذلك أن دعواهما صحيحة فيجب عليه اليمين لهما فان حلف لهما فلا شئ لهما عليه لعدم الحجة وان حلف لاحدهما ونكل للآخر قضي به لمن نكل له دون الآخر لوجود الحجة في حقه دون الآخر وان نكل لهما قضي به بينهما لعدم الاولوية ثم يجب عليه ألف آخر لهما لاقراره به أو لبذله اياه على اختلاف الاصلين ولا يهما بدأ القاضي بالتحليف جاز لتعذر الجمع بينهما ولعدم الاولوية والاولى عند النساح أن يقرع بينهما تطييبا لقلوبهما ونفيا لتهمة الميل فان نكل للاول لا يقضي به حتى يحلفه للثاني لينكشف وجه القضاء هل هو لهما أو لاحدهما كما اذا أقاما البينة بخلاف ما اذا أقر لاحدهما فانه يحكم له به لان الاقرار حجة ملزمة بنفسه والنكول

(قوله لا يلزمه شيء) أي قبل قضاء القاضي اه قارئ الهداية (قوله ووضع المسئلة في العبد) قال الاتقاني ولكن الخصاف وضع المسئلة في العبد في أدب القاضي اه (قوله قيل ينبغي أن يحلف الخ) قال الاتقاني قال الخصاف ينبغي أن يحلفه على هذا الوجه عند محمد خلافا لابي يوسف اه (قوله بناء) قال الاتقاني وجه البناء أن النكول اقرار فيما الاقرار بالوديعة ضمن عند محمد فكذا بالنكول وعند أبي يوسف لم يضمن ثمة بالاقرار فكذا هنا بالنكول اه (قوله ودفعها الى غيره) أي بالقضاء اه اتقاني (٨٣)

لا يكون حجة الا بالقضاء ولهذا لو نكل ثم حلف لا يلزمه شيء وكذا البينة لا تكون حجة الا بالقضاء فيؤخر القضاء حتى ينكشف وجهه ولا ضرر عليه بالتأخير لانه لا يقضي للمتقدم حتى يحلف للمتأخر ولو نكل للثاني أيضا قضي به بينهما نصفين لاستوائهما في الحجة ويغرم ألفا آخر بينهما نصفين كما ذكر في المختصر لانه بالنكول أوجب لكل واحد منهما كل الالف كأن ليس معه غيره فاذا صرفه اليهما فقد صرف نصف نصيب كل واحد منهما الى الآخر فيغرمه فلو قضى القاضي للاول حين نكل قبل أن يحلف للثاني لا ينفذ قضاؤه حتى لو نكل للثاني بعده كان الالف بينهما لان القضاء الاول لا يبطل حق الثاني وقال الخصاف نفذ قضاؤه لانه محل مجتهد فيه لان من العلماء من قال ينفذ قضاؤه للاول ولا يشاركه الثاني فيه لان النكول حجة شرعية كالاقرار ووضع المسئلة في العبد ولا فرق بينهما لان النقود تتعين في الودائع والغصوب ثم لا يحلف المدعى عليه للثاني بعد القضاء عليه للاول مقتصرا على قوله ما هذا العبد لي بالاجماع لان نكوله لا يفيد بعد ما صار العبد لغيره وهل يحلف اذا ضم اليه القيمة بأن يقال له بالله ما لهذا عليك هذا العبد ولا قيمته وهو كذا وكذا ولا أقل منه قيل ينبغي أن يحلف عند محمد خلافا لابي يوسف رحمهما الله بناء على أن المودع اذا أقر بالوديعة ودفعها الى غيره يضمنه عند محمد خلافا لابي يوسف رحمهما الله فانه يقول ان ما فات من حقه لم يفت بمجرد اقراره وانما فات بالدفع الى الاول وذلك بقضاء القاضي فلا يضمن ولكن محمد رحمه الله يقول هو الذي سلط القاضي على القضاء بها للاول باقراره ثم أقر للثاني بأنه مودع عنده والمودع يكون ضامنا بالتسليط والله أعلم

كتاب العارية

قال رحمه الله (هي تمليك المنافع بغير عوض) هذا في الشرع وفي اللغة مشتقة من العار منسوبة اليه ووزنها فعلية لان طلبها عار (١) وفي الشرع ما ذكره في الكتاب وقال الكرخي والشافعي هي اباحة الانتفاع بملك الغير لانه ينعقد بلفظ الاباحة ولا يشترط فيه ضرب المدة ومع الجهالة لا يصح التمليك وكذا يعمل فيه النهي ولا يملك الاجارة من غيره ونحن نقول انها تنبئ عن التمليك لانها مأخوذة من العربة وهي العطية في الثمار بالتمليك من غير عوض ثم استعمل في المنفعة كذلك فاقتضت تمليكا ولهذا تنعقد بلفظ التمليك وله أن يعير فيما لا يختلف باختلاف المستعمل ولو كان اباحة لما جاز لان المباح له ليس له أن يبيح لغيره وهذا لان تمليك المنافع مشروع بعوض كالاجارة فوجب أن يكون مشروعا بغير عوض أيضا كالاعتاق لان كل ما جاز فيه التمليك بدل جاز فيه التمليك بغير بدل الا النكاح والجهالة لا تفضي الى المنازعة وكل جهالة لا تفضي الى المنازعة لا توجب الفساد وهذا لانها غير لازمة فله أن يرجع في كل ساعة بخلاف المعاوضات فانها لازمة والجهالة فيها تفضي الى المنازعة حتى اذا كانت لا تفضي الى المنازعة كالخياطة جازت من غير ضرب المدة والنهي منع عن تحصيل ما لم يحصل ولم يوجد بعد فيكون امتناعا عن التمليك ولهذا لا يجوز اجارة لانها لم تدخل في ملكه قبل الحدوث قال رحمه الله (وتصح بأعرتك) أي

كتاب العارية

(قوله في المتن هي تمليك المنافع) قال الاتقاني هذا اختيار أبي بكر الرازي اه (قوله وقال الكرخي والشافعي) قال الاتقاني وجه قول الكرخي أنها لو كانت تمليك المنافع لا الاباحة لكان بيان المدة من شرطها لان تمليكها مع الجهالة لا يصح أصل الاجارة ولانها لو كانت تمليكا لجاز اجارة المستعير من غيره كالمستأجر ولهذا تنعقد بلفظ الاباحة بأن قال أبحت ركوب هذه الدابة أو أبحت لبس هذا الثوب لك وكذلك يصح نهي المعير المستعير عن الانتفاع فلو كان تمليكا لم يصح كما في الاجارة ألا ترى أنه لو أجر داره شهرا ثم قبل انقضاء المدة نهاه عن الانتفاع بها لم يصح وجه ما ذهب اليه أبو بكر الرازي أن العربة والعارية أحدهما مشتق من الآخر ولكن خص كل واحد منهما باسم دنانا في تمليك الاعيان عربة وفي تمليك المنافع عارية فدل على أن العارية تمليك لا اباحة اه (قوله ولهذا تنعقد بلفظ التمليك) أي فانه لو قال ملكتك منافع هذا العين شهرا ينعقد عارة اه اتقاني (قوله لان المباح له الخ) وانعقادها بلفظ الاباحة بسبيل الاستعارة كانعقاد الاجارة بلفظ الاعارة وانما يملك المستعير الاجارة لان الاجارة دعته (٢) جائز لازم فلو جاز له أن يؤجر انقلبت من الجواز الى اللزوم وفيه ضرر بالمعير وخرج الجواب عن صحة النهي لانها لما كانت جائزة كان للمعير أن ينهى اه اتقاني (قوله ليس له أن يبيح لغيره) أي كالمباح له الطعام لا يجوز له أن يبيح من غيره اه اتقاني (١) قول الشارح وفي الشرع الخ هكذا في النسخ وهو مكرر مع ما سبق كاترى اه مصححه (٢) قول الشيء جائز لازم هكذا في الاصل ولعل الوصف بجواز من زيادة الناسخ فتدبر اه مصححه

(قوله في المتن وأطعمتك أرضي) قال الاتقاني وأما قوله أطعمتك هذه الارض فهو مستعمل في العارية مجازا لا حقيقة لانه يقال أطعمه فطعم ونفس الارض لا تطعم فكان المراد ما يخرج منها بطريق اطلاق اسم السبب على المسبب وهو من طرق المجاز اه (قوله ومنحتك ثوبي) قال في الهداية في كتاب الهبة ولو قال منحتك هذه الجارية كانت عارية للمارويني من قبل قال الاتقاني وأشار بقوله للمارويني الى ما ذكره في أول كتاب العارية من قوله عليه الصلاة والسلام المنحة مردودة والعارية مؤداة وهكذا ذكر الجواب شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي من غير تفصيل وقال اذا قال منحتك هذه الارض فهي عارية ولكن شيخ الاسلام أبو بكر المعروف بخواهرزاده فصل في مبسوطه وقال اذا قال منحتك ان كان مضافا الى ما يمكن الانتفاع به مع بقاء العين يكون اعارة وان أضاف الى ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه كالدراهم والطعام يكون هبة وذلك لان المنحة تذكر ويراد بها العارية قال النبي صلى الله عليه وسلم المنحة مردودة وأراد به العارية لان الهبة لا تكون مردودة وانما المردودة العارية وتذكر ويراد بها الهبة يقال منح فلان فلانا أي وهب له واذا كانت اللفظة صالحة للامرين جميعا والعمل بهما متعذر في عين واحدة لان العين الواحدة لا يتصور أن تكون في محلين عارية وهبة في وقت واحد عملنا بهما مختلفين فقلنا اذا أضيفت المنحة الى عين يمكن الانتفاع به (٨٤) مع بقاء عينه جعل عارية واذا أضيفت الى عين لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه جعل هبة كما في المكيل والموزون توفيرا على المعنيين حظهما بقدر الامكان اه (قوله في المتن وأخدمتك عبدي) أي جعلته خادما لك اه (قوله في المتن وداري لك سكنى) قال الاتقاني وفرق شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد بين قوله هذه الدار لك سكنى أو عمري سكنى وبين قوله هي لك لتسكنها فقال ولو قال هي لك لتسكنها كان تمليكا للدار لانه أضاف التمليك الى رقبة الدار وقوله لتسكنها مشورة فلا يتغير به قضية العقد اه اتقاني وقوله سكنى منصوب على التمييز من قوله لك لان قوله داري لك يحتمل الوجهين تمليك عين الدار وتمليك منفعة الدار فخرج قوله سكنى تفسيرا قاطعا للاحتمال فتعينت العارية ولانه اه (قوله المنحة مردودة والعارية مؤداة) أي يجب ردها ويجب أداؤها اه اتقاني (قوله في المتن ولو هلكت بلا تعد لا يضمن) أقول هذا فيما اذا كانت العارية مطلقة أما اذا كانت مقيدة بوقت فهلكت في يد المستعير بعد مضي الوقت فانه يضمنها كما سيصرح الشارح به عند قوله ومؤنة الرد على المستعير وعند قوله وان رد المستعير الدابة مع عبده والله تعالى هو الموفق اه وكتب على قوله بلا تعد ما نصه ولو تعدى ضمن بالاجماع اه اتقاني (قوله يضمن اذا هلكت الخ) أما اذا هلكت في حالة الانتفاع لا يضمن بالاجماع اه اتقاني (قوله يوم أحد) كذا هو بخط الشارح رحمه الله اه وكتب على قوله يوم أحد ما نصه هكذا وقفت عليه في نسخ وشطب قارئ الهداية رحمه الله في نسخته على أحد (١) وكتب فوقه حنين اه ﴿فرع﴾ قال في الهداية والعارية أمانة ان هلكت من غير تعد لم يضمنها قال الاتقاني ولو شرط الضمان في العارية هل تصح فالمشايخ مختلفون فيه كذا في التحفة وقال في خلاصة الفتاوى رجل قال لآخر أعرني ثوبك فان ضاع فأنا ضامن له قال لا يضمن ونقل عن المنتقى اه (قوله فلا يظهر فيما وراء حالة الاستعمال) ولهذا كان واجب الرد وصار كالمقبوض على سوم الشراء اه هداية (قوله عن استحقاق) أي تقدم وهو عقد الاجارة اه ﴿فرع﴾ قال الحاكم الشهيد في مختصره المسمى بالكافي رجل استعار من رجل

بقوله أعرتك لانه صريح فيه قال رحمه الله (وأطعمتك أرضي ومنحتك ثوبي) لان الاطعام اذا أضيف الى ما لا تؤكل عينه يراد به ما يستغل منه مجازا لانه محله ومنحتك ثوبي معناه اذا لم يرد به الهبة لان المنح لتمليك العين عرفا وعند عدم ارادته يحمل على تمليك المنافع وأصله أن يعطي الرجل ناقة أو شاة ليشرب لبنها ثم يردها اذا ذهب درها ثم كثر ذلك حتى قيل في كل من أعطى شيأ منح واذا أراد به الهبة أفاد ملك العين والا بقي على أصل وضعه قال رحمه الله (وحملتك على دابتي) أي اذا لم يرد به الهبة لان هذا اللفظ مستعمل فيهما يقال حمل فلان فلانا على دابته يراد به الهبة تارة والعارية أخرى فاذا نوى أحدهما صحت نيته وان لم يكن له نية حمل على الادنى كيلا يلزمه الاعلى بالشك قال رحمه الله (وأخدمتك عبدي) لانه يراد به العارية لانه اذن له في الاستخدام قال رحمه الله (وداري لك سكنى وداري لك عمري سكنى) لان قوله داري لك محتمل يحتمل أن يكون له رقبتها ويحتمل أن يكون له منفعتها وقوله سكنى محكم في ارادة المنفعة فيحمل المحتمل عليه لان قوله سكنى خرج مخرج التفسير لذلك المحتمل قال رحمه الله (ويرجع المعير متى شاء) لقوله عليه الصلاة والسلام المنحة مردودة والعارية مؤداة ولان المنافع تحدث شيأ فشيأ وتثبت الملك فيها بحسب حدوثها فرجوعه امتناع عن تملك ما لم يحدث فله ذلك قال رحمه الله (ولو هلكت بلا تعد لا يضمن) وقال الشافعي رضي الله تعالى عنه يضمن اذا هلكت في غير حالة الاستعمال لانه قبض مال الغير لنفسه لا عن استحقاق فأشبه الغصب وقال عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت والمراد بمثله من يأخذ لنفسه وقال عليه الصلاة والسلام العارية مضمونة وقد استعار رسول الله صلى الله عليه وسلم دروعا من صفوان يوم أحد فقال أغصبا يا محمد فقال لا بل عارية مضمونة قال فضاع بعضها فعوض عليه النبي صلى الله عليه وسلم فقال أنا اليوم في الاسلام راغب رواه أحمد وأبو داود والاذن بالقبض ثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراء حالة الاستعمال بخلاف المستأجر لان القبض فيها عن استحقاق

(١) قول المحشي وكتب فوقه حنين هكذا في النسخ والذي في شرح العيني أن هذا كان يوم خيبر فحرره اه مصححه

سلاحا يقاتل به فضرب بالسيف فانقطع نصفين أو طعن بالرمح فانكسر قال لا ضمان عليه الى هنا لفظ الكافي وذلك لانه هلك من عمل مأذون فيه فيصير مأذونا فيه ضرورة وقال الولوالجي في فتاواه رجل دخل الحمام واستعمل قصاع الحمام فانكسرت لا ضمان عليه وكذا اذا أخذ كوز الفقاع ليشرب فسقط وانكسر فلا ضمان عليه لانه عارية في يده اه اتقاني (قوله ليس على المستعير غير المغل ضمان) تمامه ولا على المستودع غير المغل ضمان رواه الدارقطني عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده وقيل عمرو في الاسناد عمرو بن عبد الجبار عن عبيدة بن حسان وهما ضعيفان اه عبد الحق (قوله لا على وجه الاستيفاء) يحترز عن الرهن اه (قوله ولان صفوان كان حربيا) أي كان مستأمنا اه قارئ الهداية (قوله لانه قبضه لنفسه) أي فعليه مؤنته (٨٥) كما يجب على المستعير نفقة العارية اه اتقاني (قوله في المتن فان آجر فعطب ضمن) قال الحاكم الشهيد في مختصره المسمى بالكافي واذا استعار الرجل من الرجل على أن يذهب بها حيث شاء وليسم مكانا ولا وقتا ولا ما يحمل عليها فذهب بها الى الحيرة أو أمسكها بالكوفة شهرا يحمل عليها أو يؤاجرها قال لا ضمان عليه في شئ من ذلك الا في الاجارة خاصة فانه حيث آجرها صار ضامنا ويتصدق بالغلة الى هنا لفظ الكافي وذلك لانه أمره بالانتفاع مطلقا والمطلق يتناول أي انتفاع شاء واليه التعيين يفعل ان شاء استعملها في الركوب أو في الحمل عليها وأي ذلك فعل لا يمكنه أن يفعل غيره بعد ذلك لان المطلق اذا تعين بقيد فلا يبقى مطلقا بعد ذلك ولا يملك الاجارة أصلا لانها عقد لازم والعارية عقد جائز وبناء اللازم على الجائز لا يجوز وقد قال بعض أصحابنا بأنه يملك الاجارة وتنعقد جائزة لا لازمة كذا قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي ثم قال والصحيح أنه لا تنعقد الاجارة لان من أصول أصحابنا أن المنافع لا قيمة لها وانما تتقوم بالعقد لاجل الحاجة ولهذا لم يملك أن يؤاجر أكثر مما استأجر لان القيمة انما ظهرت بالشرط اقتصرت على المشروط فلم تتقوم فيما وراءه وفي العارية لا شرط فلا قيمة فلم تصح الاجارة فاذا فعل ذلك وآجرها صار بمنزلة الغاصب والغاصب اذا فعل ذلك الاجرة يتصدق بها لانها حصلت بسبب خبيث وهو استعمال مال الغير فكان سبيله التصدق اه اتقاني (قوله في المتن وبعير ما لا يختلف بالمستعمل) لفظ محمد في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رضي الله عنه في رجل استعار من رجل دابة ولم يسم شيئا قال له أن يعيرها وليس له أن يؤاجرها فان آجرها فعطبت فهو ضامن الى هنا لفظه في أصل الجامع الصغير وقال في مختصر الاسرار ويجوز للمستعير أن يعير وان شرط أن لا يعير الا أن يكون المعار مما يختلف

ولانه لمنفعة صاحبه وبخلاف الوديعة لانه قبضها لمنفعة صاحبها لا لنفسه ولهذا لا يكون عليه مؤنة الرد ولهذا اذا هلكت عنده وضمنه المستحق قيمتها يرجع على المودع وفي العارية لا يرجع وبخلاف العبد الموصى بخدمته لان قبضه عن استحقاق فان الوارث يلزمه تسليم العين اليه ولانا قوله عليه الصلاة والسلام ليس على المستعير غير المغل ضمان وهو قول علي وابن مسعود رضي الله عنهما ولانه قبضه باذن صاحبه لا على وجه الاستيفاء ولا على سبيل المبادلة فلا يضمن كالاجارة والوديعة وهذا لان ضمان العدوان لا يجب الا على المتعدي ومع الاذن بالقبض لا يوصف بالتعدي فانتفى الضمان ضرورة انتفاء القبض على وجه التعدي وانتفاء المبادلة لان وجوبه شرعا اما بعقد موجب للضمان أو بشبهته بان كان فاسدا أو بالتعدي فالعقد الدال على وجوب الضمان لم يوجد ولا شبهته لانه عقد تبرع والتعدي لا يتصور مع الاذن ألا ترى أنه لو أذن له بالاتلاف فأتلفه لا يضمن فهذا أولى لانه دونه وحديث صفوان كان بغير اذنه لحاجة المسلمين ولهذا قال أغصبا يا محمد وعند الحاجة رخص تناول مال الغير بغير اذنه بشرط الضمان كحالة المخمصة ولانه شرط له الضمان والعارية اذا اشترط فيها الضمان تضمن عندنا في رواية ويحتمل أن يكون المراد بالضمان المذكور في الحديثين ضمان رد العين فيحمل عليه ولان صفوان كان حربيا في ذلك الوقت ويجوز من الشروط بين الحربي والمسلم ما لا يجوز بين المسلمين وقوله عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت يقتضي رد العين وبه نقول لان رد العين واجب في الامانات وانما لا يرجع المستعير بضمان الاستحقاق لان الرجوع به بسبب الغرور وهو لم يغره أحد لان المعير متبرع كالواهب وليس على المحسنين من سبيل وانما وجب عليه مؤنة الرد لانه قبضه لنفسه قال رحمه الله (ولا يؤجر) لان الاجارة لازمة فيلزم المعير زيادة الضرر لانه لو جازت الاجارة من المستعير لما جاز للمعير أن يرجع عليه حتى تفرغ مدتها فيتضرر فلا يلزمه بغير رضاه ولانه يلزم من جواز هالزوم ما لا يلزم وهو العارية أو عدم لزوم ما يلزم وهو الاجارة فلا يجوز قال رحمه الله (ولا يرهن كالوديعة) لان الرهن ايفاء وليس له أن يوفي دينه بمال غيره بغير اذنه ولان فيه ضررا لان الرهن عقد لازم بعد القبض من جهة الراهن فصار كالاجارة قال رحمه الله (فان آجر فعطب ضمن) لانه متعد بالتسليم فصار غاصبا وان شاء ضمن المستأجر لانه قبض ماله بغير اذنه فصار كالمستأجر من الغاصب فان ضمن المستعير لا يرجع على المستأجر لانه ملكه بالضمان وتبين أنه آجر ملك نفسه وان ضمن المستأجر يرجع على المؤجر وهو المستعير اذا لم يعلم أنه كان عارية في يده دفعا الضرر الغرور عن نفسه وان علم أن العين عارية في يده فليس له أن يرجع لانه لم يغره فصار كالمستأجر من الغاصب عالما بالغصب قال رحمه الله (وبعير ما لا يختلف بالمستعمل) أي بعير

باختلاف المستعمل مثل ركوب الدابة ولبس الثوب فانه اذا شرط عليه أن لا يعير لا يجوز خلافا للشافعي اه اتقاني (قوله وكالموصى له بالخدمة عليك أن يعير) أي وعليك أن يؤجر قال الاتقاني والموصى له بالخدمة عليك أن يؤجر اه (قوله وهذا اذا صدرت مطلقة) أي عن الوقت والانتفاع اه (قوله وهي المسئلة التي تلي هذه المسئلة) أي ما ذكرنا من ولاية اعارة المستعير اه (قوله أو بهما) فهذه أربعة أوجه اه (قوله فان كانت الخ) هذا هو الوجه الاول اه (قوله وله أن يعير) والركوب واللبس كما سيجيء عقريبا مما يختلف باختلاف المستعمل لكن انما ملك المستعير اعارته للاطلاق قال الاتقاني وعنده أي الشافعي الاعارة اباحة المنافع والمباح له لا يملك الاباحة ولهذا لا يملك الاعارة فيما يتفاوت الناس فيه كالركوب واللبس ثم قال في ذكر دليلنا ولانسلم أن المستعير لا يملك الاعارة فيما يتفاوت الناس فيه مطلقا بل له أن يعير اذا أعاره مطلقا اه وهو يؤيد ما قاله الشارح رحمهما الله وكتب ما نصه قال الاتقاني رحمه الله ثم العارية على ما قالوا في شروح الجامع الصغير على أربعة أوجه أحدها أن تكون مطلقة في حق الوقت والانتفاع جميعا وفي هذا الوجه للمستعير أن ينتفع به أي منفعة شاء في أي وقت شاء عملا باطلاق العقد والثاني أن تكون مقيدة في الوقت والانتفاع بأن قيده بيوم وعين نوع منفعة كالحمل والركوب فليس له أن يجاوز ذلك عملا بالتقييد (٨٦) الا أن يكون ذلك خلافا الى خير أو الى مثل ذلك فحينئذ لا يضمن والخلاف كما اذا شرط المعير أن يحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فحمل عليها عشرة مخاتيم شعير أو مسمم أو أرز أو شئ من الحبوب مثل كيل الحنطة وخفتها لا يضمن استحسانا لانه ليس بشرط مفيد اعتبارا لان صاحبه لما رضي بالحنطة كان أرضى بما دونها وفي القياس يضمن وهو قول زفر لانه مخالف والخلاف الى مثل ذلك كما اذا شرط أن يحمل عليها عشرة مخاتيم من هذه الحنطة فحمل عليها عشرة مخاتيم من غيرها أو شرط أن يحمل عليها حنطة فحمل عليها حنطة غيره لا يضمن لان التقييد انما يعتبر اذا كان مفيدا وهذا التقييد لا يفيد والثالث أن تكون مقيدة في الوقت مطلقة في الانتفاع والرابع على العكس وهو أن تكون مطلقة في الوقت مقيدة في الانتفاع فهي الوجهين ليس له أن يجاوز المسمى وفي مسئلة الجامع الصغير أطلق الوقت والانتفاع فلا تقييد بشئ منهما عملا بالاطلاق فان شاء ركب بنفسه وان شاء حمل وان أعار غيره للحمل جاز لان الناس لا يتفاوتون في الحمل والمستعير يملك الاعارة فيما لا يتفاوت الناس فيه وان أعاره للركوب صح من حيث انه تعيين للانتفاع والمنتفع لان جهة الانتفاع والمنتفع لم تكن معينة فاذا أعاره للركوب فقد عين جهة الانتفاع والمنتفع لانه يملك لان من استعار للركوب لا يملك أن يعير غيره لتفاوت الناس في الركوب لكن لما أطلق كان تعيين الراكب مفوضا الى المستعير فاذا عين غيره تعين حتى لو ركب بعد ذلك بنفسه ضمن واليه ذهب نفر الاسلام علي البزدوي في شرح الجامع الصغير وتبعه الصدر الشهيد وقال شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده انه لا يضمن وهذا أصح عندي لان المستعير من المستعير اذا لم يضمن بالركوب أو اللبس لانه استعمل العين باذن المستعير وتمليكه فلان لا يضمن اذا ركبه بعد ذلك أو لبسه بالطريق الاولى لانه استعمله بالملك لانه لو لم يملك لما ملك غيره اه ما قاله الاتقاني رحمه الله (قوله وان كانت) هذا هو الوجه الثاني اه (قوله وان كان لا يختلف) قال في الهداية وله أن يعير اذا كان لا يختلف باختلاف المستعمل قال الاتقاني وذلك مثل خدمة العبد وزراعة الارض وسكنى الدار وحمل الدابة أما الركوب واللبس فيختلف باختلاف المستعمل اه فقوله وزراعة الارض مخالف لقول الشارح رحمه الله سابقا بأربعة أسطر والزراعة فانه عدها مما يختلف باختلاف المستعمل اه (قوله وان كانت) هذا هو الوجه الثالث اه

المستعير العارية اذا كانت مما لا يختلف باختلاف المستعمل وقال الشافعي رضي الله تعالى عنه ليس له أن يعير لان العارية اباحة المنافع عنده والمباح له ليس له أن يبيح لغيره وعندنا لما كانت عليك المنافع جاز أن يعير لان المالك يملك أن يؤجر كالمستأجر يملك أن يؤجر وكالموصى له بالخدمة يملك أن يعير وهذا اذا صدرت مطلقة وان كانت مقيدة بشئ تتقيد به وهي المسئلة التي تلي هذه المسئلة على ما يجيء تفصيله قال رحمه الله (فلو قيدها بوقت أو منفعة أو بهما لا يجاوز ما سماه وان أطلق له أن ينتفع أي نوع شاء في أي وقت شاء لانه تصرف في ملك الغير فلا يملك الا على الوجه الذي أذن له فيه من تقييد أو اطلاق ثم لا يخلو اما أن تكون مطلقة أو تكون مقيدة بالزمان أو بالانتفاع أو بهما فان كانت مطلقة كمن استعار دابة للركوب أو ثوبا للبس ولم يسم شيأ كان له أن يلبس ويركب بنفسه وله أن يعير ما لم يلبس هو ولم يركب فاذا ألبس غيره أو أركبه فليس له أن يركب بنفسه بعد ذلك في الصحيح لانه تعين بالفعل فيكون خلافه تعديا ذكره في الكافي وقال سواء كان المستعار شيأ يتفاوت الناس في الانتفاع به كالثوب في اللبس والركوب في الدابة فجعله كالاجارة ففعل هذا ينبغي أن يحمل هذا الاطلاق الذي ذكروه هنا فيما يختلف باختلاف المستعمل كاللبس والركوب والزراعة على ما اذا قال على أن أركب عليها من أشاء أو ألبس الثوب من أشاء كما حمل الاطلاق الذي ذكر في الاجارة على هذا وان كانت الاعارة مقيدة بالانتفاع دون الوقت بأن شرط أن ينتفع هو بنفسه أو غيره معينا لا يجوز له أن يخالف ذلك التقييد فيما يختلف باختلاف المستعمل كالركوب واخواته وللمسمى أن يفعل في أي وقت شاء وان كان لا يختلف كالسكنى والحمل جاز أن يفعل بنفسه وبغيره في أي وقت شاء لان التقييد بالانتفاع فيما لا يختلف لا يفيد وان كانت مقيدة بالوقت تقييد

(قوله وان كانت) هذا هو الوجه الرابع اه (قوله واختلفوا في ايداع المستعير) أي قصدا اه اتقاني ﴿فرع﴾ والحاصل أن العارية المطلقة تعار ولا تؤاجر وفي ايداعها اختلاف المشايخ والوديعة لا تودع ولا تعار ولا تؤاجر والشيء المستأجر يعار ويؤاجر وفي ايداعه اختلاف المشايخ كذا في شرح الطحاوي اه اتقاني (قوله واستدلوا عليه بمسئلة ذكرها في الجامع) أي الجامع الصغير اه اتقاني سيأتي الجواب عن هذه المسئلة في كلام الشارح عند قوله وان رد المستعير الدابة مع عبده اه (قوله الباقلاني) كذا بخط الشارح رحمه الله والذي في النهاية البقالي اه (قوله والصدر الكبير برهان الائمة) والصدر الشهيد قال الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير واليه أشار محمد في آخر كتب كتاب العارية فانه قال المعير اذا وجد الدابة المستعارة في يد رجل يزعم أنها ملكه فهو خصم واذا قال الذي في يديه قد أودعنيها فلان الذي أعرتها منه فليس بخصم فهذا يدل على أن للمستعير أن يودع وعليه الفتوى قلت هكذا وجدت هذه الرواية منصوصة في آخر كتب كتاب العارية من الاصل اه اتقاني (قوله وعليه الفتوى) وسيأتي في كلام الشارح عند قوله وان رد المستعير الدابة مع عبده أن المختار أن المستعير لا أن يودع فراجعه فقد ذكر الشارح هناك الجواب عن المسئلة التي استدل بها على منع الايداع والله الموفق اه (قوله في المتن وعارية الثمنين والمكيل والموزون الخ) قال الحاكم الشهيد في الكافي وعارية الدراهم والدنانير والفلوس قرض وكذلك كل ما يكال أو يوزن أو يعد عندا مثل الجوز والبيض الى هنا لفظ الكافي (٨٧) وكذلك الاقطان والصوف والابريسم والمسك والكافور وسائر متاع العطر والصنادل التي لا تقع الاجارة على منافعها قرض كذلك قاله الاتقاني ثم قال قال الحاكم في الكافي وان استعار آنية يجعل بها في منزله أو سفنا حمل أو مظلة مفضضة أو خاتما لم يكن شيء من هذا قرضا الى هنا لفظ الكافي وذلك لانه أمكن العمل بحقيقة الاعارة وهو تمليك المنافع مع بقاء العين على ملكه لانه يتحمل بهذه الاشياء والتحمل بالمال نوع انتفاع وقال في خلاصة الفتاوى ولو قال لآخر أعرتك هذه القصعة من الثريد فأخذها فعليه مثل أو قيمته وهو قرض الا اذا كان بينهما سعة ويكون ذلك دليل الاباحة وفي العيون قال خلف بن أيوب سألت محمدا رحمه الله عن رجل استعار من رجل رقعة يرقع بها قميصه أو خشبا يدخله في بنائه قال لا يكون هذا عارية وهو ضامن لذلك كله وهو بمنزلة القرض فان قال أردته عليك فهو عارية اه (قوله فاقتضت تمليك عينها ضرورة) قال في الكافي في باب الصرف استقرض كر بر وقبضه ملكه وعن أبي يوسف لا يملكه حتى يستهلكه لان القرض لاعارة الاأن العين هنا قامت مقام المنفعة وهي لا تملك الا باستهلاكها فكذا العين ولهما أن العين لما قامت مقام المنفعة قام قبضها مقام قبض المنفعة فلو باعه من مقرضه صح لانه باع ملك نفسه ولو اشتراه من مقرضه لم يصح لانه اشترى ملك نفسه وفيه خلاف أبي يوسف فان اشترى ما عليه من البر من مقرضه عبائة درهم صح لانه مقدور التسليم لكونه في ذمته فان تفرقا قبل قبض بدله فسد لافتراق عن دين بدين فان نقد بدله في المجلس صح للافتراق عن عين بدين فلو نقد حتى صح ثم وجد بالكر عيبا لم يرده لانه ملكه بالقرض وهو تبرع لا يقتضي السلامة عن العيب ولكن يرجع بنقصان العيب من الثمن لان البيع كرفي الذمة بدلا عن القرض والقرض معيب فالكر الذي وجب بدلا عنه يكون معيبا أيضا وقد تعذر رده لانه كان في ذمته وسقط لما اشتراه عن ذمته فصار كما لو هلك المبيع ثم علم بعيب به فانه يرجع بنقصانه وانما يعرف النقصان بأن يقوم الكر القرض غير معيب ويقوم وبه هذا العيب فيرجع بفضل ما بينهما ولو اشتراه بكر مثله لا يرجع أيضا لانه ربا اه (قوله يوجب رد المثل) بخلاف الهبة اه

تقيدت به حتى لا يجوز له أن ينتفع بها الا في الوقت المعين ومن حيث الانتفاع فهي باقية على اطلاقها فيجوز له مطلقا فيما يختلف بالمستعمل وفيما لا يختلف على الصفة المتقدمة في المطلق عن الانتفاع والوقت وان كانت مقيدة بهما تقيدت من حيث الوقت كيفما كان وكذا من حيث الانتفاع فيما يختلف باختلاف المستعمل وفيما لا يختلف لا تتقيد لعدم الفائدة على ما بينا في المقيد بالانتفاع ثم كل موضع قلنا يتقيد بالمسمى له أن يخالف الى ما هو خير منه أو الى مثله كما اذا قال له احمل على الدابة هذه الحنطة كان له أن يحمل عليها مثله أو دونه في الضرر واختلفوا في ايداع المستعير قال بعض المشايخ ليس له أن يودع مطلقا منهم الكرخي واستدلوا عليه بمسئلة ذكرها في الجامع أن المستعير اذا بعث العارية الى صاحبها على يد أجنبي فهلكت في يد الرسول ضمن المستعير العارية وليس ذلك الا ايداعا منه قال الباقلاني هذا القول أصح لان الايداع تصرف في ملك الغير وهو العين بغير اذنه قصدا فلا يجوز بخلاف الاعارة لانه تصرف في المنفعة قصدا وتسليم العين من ضرورته فافترقا وأكثرهم على أنه يجوز منهم مشايخ العراق وأبو الليث والشيخ الامام أبو بكر محمد بن الفضل والصدر الكبير برهان الائمة لان الايداع دون الاعارة والعين وديعة عند المستعير في العارية فاذا ملك الاعلى فأولى أن يملك الادنى قال ظهير الدين المرغيناني وعليه الفتوى قال رحمه الله (وعارية الثمنين والمكيل والموزون والمعدود قرض) لان الاعارة اذن في الانتفاع به ولا يتأتى الانتفاع بهذه الاشياء الا باستهلاك عينها ولا يملك الاستهلاك الا اذا ملكها فاقتضت تمليك عينها ضرورة وذلك بالهبة أو بالقرض والقرض أدناهما ضرر الكونه يوجب رد المثل

(قوله فحينئذ يضمن) والحاصل أن القلع اذا كان يضر بالارض فالخيار لرب الارض اه ﴿فرع﴾ في الذخيرة والمنتقى قال أبو على السغدي حاكيا عن أستاذه ان المستعير لا يجبر على النفقة بل يقال له ان شئت فأنفق والا فخل بيننا وبينه وقال أبو نصر لو استعار عبدا فطعامه على المستعير ولو أن مولاه أعاره فطعامه على المعير قال أبو الليث يعني اذا قال مولى العبد خذ عبدي واستخدمه من غير أن يستعيره المستعير فان هذا بمنزلة الوديعة فطعامه على مولاه وأما الكسوة فعلى المعير في الاحوال كلها اه كاكي رحمه الله (قوله الى الوقت المذكور) قال الاتقاني وانما جاز له الرجوع قبل الوقت لان العارية مقتضاها الرجوع فلا يغيره التوقيت ولكن يكره الرجوع لئلا يلزم الخلف في الوعد وذلك مكروه (٨٨) لقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون عند شروطهم اه (قوله فيكون مغرورا) أي مغرورا من جهة الالتزام المعنوي على ما يأتي اه (قوله في المتن وان وقت ثم رجع قبله) أي المعير اه (قوله في المتن أيضا ضمن ما نقص بالقلع) أي البناء والغرس اه قال في الهداية وضمن المعير ما نقص البناء والغرس اه قال الاتقاني أي نقصان البناء والغرس على أن ما مصدرية ويجوز أن تكون موصولة بمعنى الذي فعلى هذا يكون البناء والغرس منصوبين وعلى الاول يكونان مرفوعين والغرس يروى بالفتح على ارادة المغروس وبالكسر وهو ظاهر اه (قوله في المتن لم تؤخذ منه حتى يحصد الزرع استحسانا) قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي والقياس في ذلك مثل الغرس والبناء لانه انتهى العقد فكان له حق التفريغ ووجه الاستحسان انا لو أمرناه بالقلع لاضررنا به من غير نفع يعود الى المالك ولو بقيناه لنفعناه من غير ضرر يعود الى المالك لانا نبقيه بأجرة والجمع بين الحقين أولى قال بخلاف النخل لانه ليس لادراكه غاية معلومة فلو بقيناه لاطلنا عليه منفعة أرضه أما هذا فلادراكه غاية معلومة حتى لو كان الغراس للبيع والنقل لا للاستبقاء كان الحكم فيه كالحكم في الزرع بخلاف الغاصب حيث يؤمر بقلع الزرع اذا زرع الارض لانه جان في الابتداء وقد مست الحاجة الى رفع العدوان وههنا بخلافه كذا في شرح الكافي اه اتقاني (قوله لان فيه مراعاة الحقين) أي حق المعير والمستعير وذلك لانه يترك الارض في يد المستعير بأجر المثل لئلا تفوت منفعة الارض مجانا ولا يتلف زرع الآخر أيضا فيعتدل النظر من الجانبين اه اتقاني

ولان العارية توجب رد العين والقرض يوجب رد المثل وهو يقوم مقام العين ولهذا صيرا اليه في ضمان العدوان فاتفقا هذا اذا لم يبين جهة الانتفاع بها فان بين جهة ينتفع بها مع بقاء عينها بأن يستعيرها ليعاير بها ميزانا أو مكيالا أو ليزين بها دكانه أو غير ذلك من الانتفاعات صارت عارية أمانة ليس له أن ينتفع بها لما كها فكان تطير عارية الحلي والسيف المحلى قال رحمه الله (وان أعار أرضا للبناء أو للغرس صح) لان منفعتها معلومة ويجوز الانتفاع بها شرعا وايجارها فكذا اعارتها بل أولى لكونها تبرعا قال رحمه الله (وله أن يرجع) لان العارية غير لازمة فكان له أن يرجع أي وقت شاء قال رحمه الله (ويكلفه قلعهما) أي قلع البناء والغرس لانه شاغل أرضه بملكه فيؤمر بالتفريغ الا اذا شاء أن يأخذهما بقيمتهما قيما اذا كانت الارض تستضر بالقلع فحينئذ يضمن له قيمتهما مقلوعين ويكونان له كيلا تتلف عليه أرضه ويستبد هو بذلك لانه صاحب أصل بخلاف ما اذا كانت الارض لا تستضر بالقلع حيث لا يجوز الترك الا باتفاقهما بخلاف القلع حيث لا يشترط فيه اتفاقهما في هذه الحالة بل أيهما طلب القلع أجيب قال رحمه الله (ولا يضمن ان لم يوقت) أي رب الارض لا يضمن للمستعير ما نقص من البناء والغرس بالقلع ان لم يوقت للعارية وقتا وقال مالك رحمه الله يلزمه ضمان قيمتهما ويتركان في أرضه لانه صار مغرورا من جهته فيلزمه الضمان كما اذا وقت للعارية وقتا فرجع قبل الوقت قلنا العارية غير لازمة فيكون له الرجوع في كل وقت فلم يكن غارا له بالاطلاق وانما هو اغتر بنفسه بخلاف ما اذا كانت مؤقتة فرجع قبل الوقت لانه يصير غارا له بذلك حيث نص على تركها في يده الى الوقت المذكور وهذا لان ظاهر حال المسلم أن يفي بالوعد فيكون مغرورا من جهته فكان له أن يرجع عليه دفعا للضرر عن نفسه بسببه قال رحمه الله (وان وقت فرجع قبله ضمن ما نقص بالقلع) وقال زفر رحمه الله لا يضمن لان التوقيت في العارية غير لازم كأصل عقدها ولهذا كان له أن يستردها في أي وقت شاء والغرور انما يثبت في ضمن عقد المعاوضة لا في التبرعات ولهذا لو هلكت العارية عند المستعير فاستحقها مستحق وضمنه قيمتها لا يكون له الرجوع بما ضمن وفي المعاوضات كالبيع والاجارات له ذلك فصار كما اذا كانت العارية مطلقة ونحن قد فرقنا بينهما ولان كلام العاقل يحمل على الفائدة ما أمكن وجواز العقد يثبت بدون التوقيت فلا بد للتوقيت من الفائدة ولا يكون ذلك الا بالتزامه القيمة له عند الرجوع قبل الوقت فصار كأنه قال ان رجعت قبل الوقت فأنا ضامن لك فيلزمه بحكم التزامه لا بمجرد العقد ومعنى قوله ضمن ما نقص أن يقوم قائما غير مقلوع لان القلع غير مستحق عليه قبل الوقت قال رحمه الله (ولو استعارها ليزرعها لم تؤخذ منه حتى يحصد) الزرع استحسانا (وقت أو لم يوقت) لان له نهاية معلومة فيترك بأجر المثل لان فيه مراعاة الحقين كما في الاجارة اذا انقضت المدة والزرع لم يدرك

(قوله في المتن ومؤنة الردّ على المستعير الخ) قال في شرح الطحاوي للإمام الاسبيجابي وعلف الدابة على المستعير سواء كانت مطلقة أو مقيدة وكذلك مؤنة الردّ على المستعير اه اتقاني (قوله في المتن أيضا والمرتهن) قال الاتقاني نقلا عن شرح الطحاوي للإمام الاسبيجابي في كتاب العارية وفي الرهن مؤنة الردّ على الراهن اه ولا يخفى ما فيه من المخالفة اه وفي الخلاصة أن مؤنة الرهن على الراهن وعزاه لشرح الطحاوي أيضا ولم يحك خلافه وفي الجوهرة على المرتهن كما في الكنز وهو الظاهر اه (قوله ولهذا لو كانت العارية مؤقتة الخ) سيأتي هذا الشرح في أواخر الصفحة الآتية في الشرح فراجعه اه وكتب ما نصه قال في الوجيز العارية اذا كانت مطلقة في الوقت والانتفاع بأن استعار دابة أو ثوبا ولم يوقت ولا من يستعمله فللمستعير أن يلبس ويركب بنفسه وبغيره والعارية المقيدة فيهما بأن استعار شيأ يوما وبين أنه يستعمله بنفسه ففي الدابة والثوب ليس له أن يركب ويلبس غيره وله أن يعير غيره للحمل وفي العبد والدار له أن يعير غيره وان كانت مؤقتة في الوقت مطلقة في الانتفاع بأن استعار دابة يوما ولم يسم ما يحمل عليها فله أن يحمل عليها ما شاء في اليوم فان أمسكها بعد الوقت ضمن وان لم ينتفع بها وهو الصحيح وان كانت مطلقة في الوقت مقيدة في الانتفاع بأن استعارها ليحمل عليها حنطة فله أن يحمل عليها الحنطة متى شاء اه وهذه الأوجه الاربعة المذكورة وان تقدمت في كلام الشارح فانما أعدتها الفائدة اه (قوله وانما يجب عليه التمكين والتخلية) قال في البدائع حتى لو استأجر دابة ليركبها في حوائجه في المصر وقتا معلوما فمضى الوقت فليس عليه تسليمها الى صاحبها بأن يمضي بها اليه وعلى الذي آجر أن يقبضها من منزل المستأجر لان المستأجر وان انتفع لكنه بعوض فبقيت العين أمانة في يده ولهذا لا يلزمه نفقتها حتى لو أمسكها أياما فهلكت لم يضمن سواء طلبها منه أو لم يطلبها لانه لم يلزمه الرد الى بيته بعد الطلب فلم يكن متعديا في الامساك كالمودع اذا امتنع من رد الوديعة الى بيت المودع فهلكت اه

قال رحمه الله (ومؤنة الردّ على المستعير والمودع والمؤجر والغاصب والمرتهن) لان المنفعة حصلت لهم والاصل أن مؤنة الرد تجب على من وقع القبض له أما المستعير فلانه قبضه لمنفعة نفسه والرد واجب عليه ولهذا لو كانت العارية مؤقتة فأمسكها بعد مضي الوقت ولم يردها حتى هلكت ضمن بخلاف المستأجر فاذا وجب عليه الرد كانت مؤنته عليه لان الخراج بالضمان والغرم بالغنم وأما المستأجر فلان العين المستأجرة مقبوضة لمنفعة المالك لان الاجر سلم له ولا يجب على المستأجر ردها وانما يجب عليه التمكين والتخلية فلا يكون عليه مؤنة الرد ولا يقال قبضه كان لمنفعة نفسه فوجب أن تكون المؤنة عليه لانا نقول ان ما حصل له منفعة وهي عرض يفنى وما حصل للمؤجر عين تبقى فكان هو بالوجوب أولى وأما الوديعة فلان منفعة القبض حاصلة له لانه لحفظ العين ومنفعة حفظها عائدة اليه فكانت مؤنة ردها عليه وأما العين المغصوبة فلان الغاصب يجب عليه تسليم فعل وذلك برد ها واعادتها الى يد مالكها كما كانت لانه هو الذي أزال يده محقا يافي رد ها براءة ذمته فيكون عليه مؤنة رد ها دفعا للضرر عن المالك وأما الرهن فلان قبضه قبض استيفاء فكان قابضا لنفسه قال رحمه الله (وان رد المستعير الدابة الى اصطبل مالكها أو العبد الى دار المالك برئ بخلاف المغصوب والوديعة) وهذا استحسان والقياس أن لا يبرأ لانه لم يردهما الى صاحبهما وانما ضيعهما تضييعا فصار كالمغصوب والوديعة وجه الاستحسان أنه أتى بالتسليم المتعارف وهو المعول عليه وهذا لان الاصطبل أو الدار في يد المالك ولو ردهما على المالك كان يردهما الى الاصطبل أو الدار فكان الرد اليهما ردا على المالك بخلاف الوديعة لانه للحفظ ولم يرض بحفظ غيره اذ لو رضي به لما أودعها عنده وبخلاف الغصب لانه صار متعديا باثبات يده في العين وبازالة يد صاحبها فلا بد من ازالة يده واثبات يد صاحبها فيها وذلك بالتسليم حقيقة وقيل هذا في عادتهم وفي زماننا لا يبرأ الا بالتسليم الى يد صاحبهما وعن ابن سلمة أنه ان كان المربط خارج الدار لا يبرأ لان الظاهر أن الدابة

(١٢ — زيلعي خامس) (قوله وأما الرهن فلان قبضه) أي قبض المرتهن اه (قوله في المتن وان رد المستعير الدابة) قال الحاكم الشهيد في مختصره المسمى بالكافي واذا رد المستعير الدابة فلم يجد خادمها ولا صاحبها فربطها في دار صاحبه على معالفه فضاعت قال هو ضامن لها في القياس ولكني أستحسن أن لا أضمنه الى هنا لفظ الكافي وقال الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره وان رد المستعير الدابة الى منزل صاحبها الذي يكون فيه فربطها على آريها فهلكت بعد ذلك فلا ضمان عليه استحسانا والقياس أنه يضمن الى هنا لفظ الكرخي وبالقياس أخذ الشافعي كذا في شرح الاقطع ووجه القياس أنه لم يجد الرد الى المالك اه اتقاني (قوله لانه لم يردهما) أي الدابة أو العبد اه (قوله ووجه الاستحسان) قال الاتقاني ووجه الاستحسان انا نأتي بالتسليم المعتادين الناس لان الناس يستعيرون الدابة فيردونها الى اصطبل المالك والجيران يستعيرون آلة البيوت ويردونها الى دار صاحبها أو يسلمونها الى من فيه دون صاحب الدار فلو رد الى المالك أيضا كان المالك أيضا يحفظها بهذا المكان فقد أسقط عنه المستعير كلفة زائدة فترك القياس بالعادة قال النبي صلى الله عليه وسلم ما رآه المؤمنون حسنا فهو عند الله حسن ولهذا قال مشايخنا لو كانت العارية عقد جوهر لم يجز أن يردها الا الى المعير لان العادة لم تجر بحفظه في الدار ولا دفعه الى الغلام (قوله بخلاف الوديعة) أي حيث لا يبرأ فيها الا بالرد الى المالك اه

(قوله في المتن أو أجيره بريء) أي لان المستعير في حق العين مودع وأمين والمودع يملك الدفع الى من في عياله فكذا المستعير وعبده في عياله وكذا أجيره اذا كان مسانهة أو مشاهرة بخلاف الاجير مياومة لانه ليس في عياله فكان الرد الى يد هؤلاء كالرد الى يد المالك اه اتقاني (قوله بخلاف غلام نفسه) قال ظهير الدين اسحق الولوالجي في فتاواه ولو كان على دابة بعارية أو اجارة فنزل عنها في السكة أو دخل المسجد ليصلي فخلى عنها فهلكت فهو ضامن لها لانه لما دخل المسجد والبيت وتركها خارج المسجد والبيت فقد ترك الحفظ لما تخلى عن عينه ومن مشايخنا من قال هذا اذا لم يربطها بشيء أما اذا ربطها لا يضمن لانه متعارف وان كان في الصحراء ونزل ليصلي وكان يمسكها فانفلتت منه فلا ضمان عليه لانه لما أمسكها لم يترك حفظها وقال في الفتاوى الصغرى استعار من آخر دابة ليحمل عليها حنطة فبعث المستعير الدابة مع وكيله ليحمل عليها الحنطة (٩٠) فحمل الوكيل طعاما لنفسه لا يضمن نص عليه في باب خصومة المتفاوضين من كتاب الشركة ثم قال وهذا شيء عجيب ثم قال في الفتاوى الصغرى استعار ثورا ليركب أرضه وعين الارض وركب أرضا أخرى فعطب الثور يضمن لان الاراضي تختلف في الركاب سهولة وصعوبة بخلاف من استعار دابة ليذهب الى مكان معلوم فذهب الى مكان آخر تلك المسافة كان ضامنا وكذا لو أمسك الثور في بيته ولم يركب حتى عطب ضمن لانه ليس له ولاية الامساك لعدم الرضا من المالك وكذا في الاجارة اذا أمسك ولم يذهب ثم قال المستعير اذا وضع المستعار بين يديه ونام لا يضمن لان هذا حفظ عادة لكن هذا اذا نام جالسا أما اذا نام مضطجعا يضمن اه اتقاني (قوله ثم قيل هذا) أي عدم الضمان بالرد الى رب الدابة اه (قوله وهذا يشهد لمن قال من المشايخ ان المستعير الخ) قال الاتقاني ودلت المسئلة هذه على أن المستعير لا يملك الايداع قصدا واليه ذهب الشيخ أبو الحسن الكرخي وقدمر ومن قال بانه يملك الايداع وهو اختيار مشايخ العراق يؤول هذه المسئلة فيقول بان العارية قد انتهت فبقي مودعا والمودع لا يملك الايداع بالاتفاق اه (قوله في المتن ويكتب المعار) أي المعار له اه (قوله والكتابة باللفظ الموضوع له أولى) أي لان الحقيقة أحق بان تراد وبقولهما أخذ الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير اه اتقاني (قوله بالتمكين من الزراعة) قال الاتقاني وجه قول أبي حنيفة أن عارية الارض قد تكون للزراعة وقد تكون لغيرها من السكنى والبناء ولفظ الاطعام أدل على المراد لان قوله أطعمتك هذه الارض معناه أذنت لك أن تزرع فيها لتأكل من غلاتها فلما كان كذلك يكتب بها التزول للشبهة ويعلم أنه أذن له في الزراعة خاصة دون البناء والسكنى ولفظة الاطعام وان كان مجازا معلوم لكونه متعارفا لان كل واحد يعلم أن ذات الارض لا تؤكل فكان أولى بالاستعمال لتبين المراد بها اه

تكون هنا للحافظ قال رحمه الله (وان رد المستعير الدابة مع عبده أو أجيره مشاهرة أو مع عبد رب الدابة أو أجيره برئ بخلاف الاجنبي) والقياس أن لا يبرأ الا بالتسليم والايصال الى يد صاحبها ووجه ما بيناه ووجه الاستحسان أن كل واحد من المعير والمستعير يحفظ دوابه بسائسه والدفع اليه كالدفع الى صاحبها عادة وهو لو دفعها الى المالك لدفعها هو الى السائس وحفظه بسائسه كحفظه بنفسه كما مر في الوديعة فيكتفي بالتسليم منه الى السائس أو من السائس الى السائس أو من السائس الى المالك بخلاف الوديعة حيث يضمن بالدفع الى سائس المالك لعدم العرف بالتسليم اليه ولانها انما أودعت لكونه لا يرضى بغيره ولو رضي به لما أودعها عنده بخلاف غلام نفسه حيث يكون له أن يدفع الوديعة اليه على ما بينا غير مرة انه لا بد منه وهذا في الاشياء التي تكون في يد الغلمان عادة وأما اذا لم تكن في أيديهم عادة كالعقد لؤلؤ ونحو ذلك فردها المستعير الى يد غلام صاحبها أو وضعها في داره أو اصطبله يضمن لان العادة لم تجر به في مثله ولهذا لو دفعه المودع الى غلامه يضمن ثم قيل هذا اذا ردها الى يد عبده الذي يقوم على الدواب والاصح أنه الى غيره لانه ان لم يكن في يده دائما يدفع اليه في بعض الاوقات فيكون رضا المالك موجودا دلالة وقوله بخلاف الاجنبي يعني بخلاف ما اذا رد ها مع الاجنبي فانه يضمن لانه متعد في يد الاجنبي وهذا يشهد لمن قال من المشايخ ان المستعير ليس له أن يودع وعلى المختار ان هذه المسئلة محمولة على ما اذا كانت العارية مؤقتة فمضت مدتها ثم بعثها مع الاجنبي لانه بامساكها بعد مضي المدة يصير متعديا حتى اذا هلكت في يده ضمن فكذا اذا تركها في يد الاجنبي وهذا لان الوديعة أدنى حالا من العارية فاذا كان يملك الاعارة فيما لا يختلف فأولى أن يملك الايداع على ما بينا من قبل ولا يختص بشيء دون شيء لان الكل لا يختلف في حق الايداع وانما يختلف في حق الانتفاع قال رحمه الله (ويكتب المعار أطعمتني أرضك) أي اذا استعار أرضا بيضاء للزراعة يكتب المستعير انك أطعمتني أرضك وهذا عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه وقالا يكتب انك أعرتني لان الاعارة هي الموضوعة لهذا العقد والكتابة باللفظ الموضوع له أولى كما في اعارة الثوب والدار فانه يكتب فيه أعرتني ولا يكتب ألبستني ولا أسكنتني وله أن لفظ الاطعام أدل على المقصود لانه يخص الزراعة لان الاطعام اذا أضيف الى ما لا يؤكل كل يعرف منه ان المراد به الاستغلال بالتمكين من الزراعة بخلاف لفظ الاعارة فانها تنتظم الزراعة والبناء والمراح ونصب الخيام بخلاف الدار والثوب لان منفعتهما غير متنوعة فحصل المقصود بذكر العارية فلا حاجة الى

بيان

قد ذكرنا وجه المناسبة في العارية وهو الترقي من الادنى الى الاعلى ولان العارية كالمفرد والهبة كالمركب لان فيها تمليك العين مع المنفعة وكتب ما نصه قال الاتقاني أما تفسيرها لغة فهي اعطاء الشيء بغير عوض أي شيء كان مالا كان أو غير مال قال تعالى يهب لمن يشاء اناثا ويهب لمن يشاء الذكور أطلق اسم الهبة على الولد وان لم يكن مالا لانه أعطانا بغير عوض وفي العرف يراد بها تمليك المال بغير عوض وهو المراد في الشريعة اه (قوله وشرطها) قال الاتقاني وأما شرط جوازها فالقبض حتى لا يثبت الملك للموهوب له عندنا قبل القبض خلافا لابن أبي ليلى ومالك فانه ليس بشرط عندهما وكونها غير مشاع اذا كانت مما يحتمل القسمة شرط الجواز أيضا وعند الشافعي هبة المشاع جائزة وكذا التصرف بالمشاع وكون المحل المضاف اليه الهبة مالا قابلا للتمليك شرط الجواز أيضا حتى اذا وهب المدبر أو أم الولد أو الخمر لا يصح اه (قوله وركنها الايجاب والقبول) قال الاتقاني وأما ركنها (٩١) فقد اختلف المشايخ فيه قال خواهر زاده في مبسوطه هو مجرد ايجاب الواهب ولهذا قال علماؤنا اذا حلف لا يهب فوهب ولم يقبل يحنث في يمينه عندنا وقال صاحب التحفة وركنها الايجاب والقبول ووجهه أن الهبة عقد والعقد هو الايجاب والقبول اه (قوله من غير أن يكون لازما) الا أن يحصل مقصود الواهب من الهبة كصلة الرحم لكن يكره الرجوع لما فيه من الدناءة اه اتقاني (قوله في المتن وتصح بايجاب وقبول) قال الكاكي أي تصح في حق الواهب بمجرد الايجاب وفي حق الموهوب له بالقبول والقبض لان الهبة عقد تبرع يتم بالمتبرع فصار عندنا بمنزلة الاقرار والوصية ولكن الموهوب له لا يملكه الا بالقبول والقبض اه (قوله فينعقد بهما) قال الاتقاني أما الايجاب والقبول فلأن الهبة عقد والعقد لا بد له من الايجاب والقبول وأما القبض فهو شرط صحة الملك للموهوب له حتى لا يملك قبل القبض عندنا هذا في حق ثبوت الملك للموهوب له أما اذا حلف وقال لا يهب لفلان فوهب ولم يقبل يحنث في يمينه عندنا وعند زفر لا يحنث بلا قبول وقبض لانه تمليك فلا يفيد الملك الا بالقبول كما في البيع ولنا أن الهبة اسم لايجاب ملك من جانب واحد وانه يتم بالمالك الا أن القبول شرط ثبوت الملك لا شرط وجود الهبة فصار كما اذا حلف لا يقر له بشيء أو لا يوصي له بشيء فأقر أو أوصى هو ولم يقبل الآخر يحنث فكذا هذا بخلاف البيع فانه تمليك من الجانبين فلا يتم الا بهما كذا في الحصر والمختلف وعند ابن أبي ليلى يثبت الملك قبل القبض كذا ذكر شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي وهو مذهب مالك اه (قوله نحلتك جداد) قال ابن الاثير في الجيم مع الدال المهملة الجداد بالفتح والكسر صرام النخل وهو قطع ثمرتها يقال جد الثمرة يجدها جدا ومنه حديث أبي بكر قال لعائشة رضي الله عنهما اني كنت نحلتك جداد عشرين وسقا اه

بيان المنفعة وعلى هذا ينبغي أن يكتب في كل فصل ما هو أدل على المقصود حتى يكتب في استعارة الارض انك أطعمتني أرض كذا لازرعها ما أشاء من غلة الشتاء أو الصيف لانه أدل على المقصود وأبعد من الاختلاف والله أعلم

﴿ كتاب الهبة ﴾

قال رحمه الله (هي تمليك العين بلا عوض) هذا في الاصطلاح وفي اللغة هي التبرع والتفضل بما ينفع الموهوب له مطلقا قال الله تعالى فهب لي من لدنك وليا وقال تعالى يهب لمن يشاء إناثا ويهب لمن يشاء الذكور الآية وهي من صفات الكمال فان الله تعالى وصف بها نفسه بقوله عز وجل انك أنت العزيز الوهاب والبشر اذا باشرها فقد اكتسب من أشرف الصفات لما فيها من استعمال الكرم وازالة شح النفس وادخال السرور في قلب الموهوب له وايراث المودة والمحبة بينهما وازالة الضغينة والحسد ولهذا من باشرها كان من المفلحين قال الله تعالى ومن يوق شح نفسه فأولئك هم المفلحون وهي مشروعة مندوب اليها بالاجماع وشرطها أن يكون الواهب عاقلا بالغا حرا والموهوب له مميزا والموهوب مقبوضا وركنها الايجاب والقبول وحكمها ثبوت الملك للموهوب له من غير أن يكون لازما قال رحمه الله (وتصح بايجاب ك) قوله (وهبت ونحلت وأطعمتك هذا الطعام وجعلته لك وأعمرتك هذا الشيء وحملتك على هذه الدابة ناويا به الهبة وكسوتك هذا الثوب وداري لك هبة تسكنها لا هبة سكنى أو سكنى هبة وقبول وقبض بلا اذن في المجلس وبعده به في محوز مقسوم ومشاع لا يقسم لا فيما يقسم) أي تصح الهبة بايجاب كقوله وهبت الخ وبقبول وقبض في المجلس وفيما بعد المجلس يملكه بالاذن صريحا لا غير كل ذلك في محوز ومشاع لا يقسم أما الايجاب والقبول فلانه عقد فينعقد بهما كسائر العقود وأما القبض فلا بد منه لثبوت الملك وقال مالك رحمه الله يثبت الملك فيه قبل القبض كالبيع وعلى هذا الخلاف الصدقة ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا تجوز الهبة الا مقبوضة والمراد نفي الملك وقال أبو بكر الصديق لعائشة رضي الله عنهما في مرضه كنت نحلتك جداد عشرين وسقا من مالي بالعالية وانك لم تكوني قبضتيه ولا حزتيه وانما هو مال الورثة ولو كانت تملك قبل القبض لكان لها ذلك ولان فيه الزام المتبرع ما تبرع به

(قوله لانه تصرف فى ملك الغير) وذلك لان ملك الواهب فيه قبل قبض الموهوب له باق بدليل صحة تصرفه من البيع والاعتاق اه اتقانى (قوله فلا يجوز الا باذنه) وبه قال الشافعى اه اتقانى (قوله فيكون تسليطا له على القبض) أى اقتضاء اه اتقانى وكتب مانصه قال شيخ الاسلام خواهرزاده فى مبسوطه فأما اذا نهاه عن القبض بعد الهبة بان قال له لا تقبض فقبض فانه لا يصح قبضه قبض فى المجلس أو بعد المجلس أما بعد المجلس فلا اشكال فيه لانه لو قبض فى المجلس لم يصح قبضه فبعد المجلس أولى وان قبض فى المجلس لم يصح لان نهى الواهب الموهوب له عن القبض رجوع عن الايجاب لان القبض فى باب الهبة بمنزلة القبول فى باب البيع والبائع لو نهى المشترى عن القبول بعد الايجاب كان ذلك رجوعا منه عن الايجاب دلالة فكذلك هذا ولو رجع ثم قبض لا يصح قبضه فكذلك هذا اه اتقانى (قوله فيتقيد ذلك بالمجلس) أى وان لم يوجد الاذن صريحا بيانه ما قال شيخ الاسلام خواهرزاده فى مبسوطه أنه لا بد لبقاء الايجاب على الصحة من القبض لان القبض متى فات بالهلاك قبل التسليم لا يبقى الايجاب صحيحا واذا كان من ضرورة بقاء الايجاب من الواهب على الصحة وجود القبض لا محالة كان الاقدام على الايجاب اذنا للموهوب له بالقبض اقتضاء كما فى البيع جعلنا اقدام البائع على الايجاب اذنا للمشترى بالقبض مقتضى بقاء الايجاب على الصحة الا أن ما ثبت اقتضاء يثبت ضرورة والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة والضرورة ترتفع بثبوت الاذن فى المجلس لان الايجاب يبقى صحيحا متى قبض فى المجلس فلا يعتبر ثابتا فيما وراء المجلس بخلاف ما لو أثبت نصا لان الثابت نصا ثابت من كل وجه فيثبت فى المجلس (٩٢) وبعد المجلس والجواب فى البيع الفاسد على هذا التفصيل الذى ذكرنا فى الهبة

وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى واذا كان العبد الموهوب حاضرا فقال له الواهب قد خليت بينك وبين الهبة فاقبضها وانصرف الواهب فقبضه الموهوب له جاز لان التخلية اقباض منه فاذا قبض باذنه تم العقد قال فرق بين هذا وبين البيع فانه اذا خلى بينه وبين المبيع نزل قابضا وان لم يباشر القبض بخلاف الهبة والفرق بينهما أن القبض واجب عليه فى باب البيع وانه محتاج الى اخراج نفسه عن العهدة اذا أتى بما فى وسعه وليس فى وسعه الا التخلية بخلاف الهبة فان التسليم ليس بواجب عليه فى الهبة فاذا لم يسلمه اليه ويقبضه لا يعد مسلما وان كان غائبا فأذن له فى القبض جاز له أن يرجع ما لم يقبض لان الهبة لا تلزم قبل اتصال القبض بها فصح رجوعه كذا فى شرح الكافى وقال الكرخى فى مختصره فان أذن له فى القبض فقبض الهبة بحضرة الواهب أو بغير حضرته جاز القبض اه اتقانى وكتب مانصه قال قاضيخان رجل قال لآخر وهبت عبدى هذا منك والعبد حاضر بحيث لو مد يده ناله فقال قبضته قال أبو بكر جازت الهبة من غير قبول ويصير قابضا فى قول محمد وقال أبو يوسف لا يصير قابضا ما لم يقبض وان كان العبد غائبا فقال وهبت منك عبدى فلانا فاذهب واقبضه فقبضه جاز وان لم يقل قبلت وبه نأخذ اه كلام قاضيخان رحمه الله وعلم منه أن مجرد التخلية لا يكون قبضا عند أبى يوسف ولا بد عنده من القبض الحقيقى قال فى المحيط فى باب قبض الهبة مانصه النوادر رجل وهب من رجل ثوبا وهو حاضر فقال الموهوب له قبضته قال أبو حنيفة صار قابضا لانه متمكن من قبضه فأقيم تمكنه مقام قبضه كالتخلية فى باب البيع وقال أبو يوسف لا يصير قابضا ما لم يقبضه بنفسه لانه غير قابض حقيقة اه وعلى هذا فحصل مع أبى حنيفة رحمهما الله فتوله الحقيقى أى وهو نقله من ذلك المكان اه (قوله لان الاطعام اذا أضيف الخ) قال الاتقانى رحمه الله ولنا فى تقرير صاحب الهداية نظر لانه قال ان الاطعام اذا أضيف الى ما يطعم عينه يراد به تمليك العين فعلى هذا ينبغى أن يكون المراد من الاطعام فى الكفارة التمليك لا الاباحة كما هو مذهب الخصم لان المراد من الاطعام اطعام الطعام والطعام يؤكل عينه فكان الاطعام فى الآية مضافا الى ما يطعم عينه فافهم اه

فلا يجوز بخلاف الوصية لان المتبرع قد مات والورثة ليسوا متبرعين ولو قال وهبتك هذا الشئ فقبضه الموهوب له من غير قبول صح وملكه لوجود القبض وقوله وقبض فى المجلس بلا اذنه أى بلا اذن الواهب وهذا استحسان والقياس أن لا يجوز الا باذنه لانه تصرف فى ملك الغير فلا يجوز الا باذنه وجه الاستحسان أن القبض كالقبول فى الهبة ولهذا الايملك بها قبله ويغنى عن القبول كما بينا والمقصود من الايجاب اثبات الملك فيكون تسليطا له على القبض دلالة اذ ملكه لا يتصور الا به فيتقيد ذلك بالمجلس كالقبول لانه بمنزلته على ما بينا بخلاف ما اذا نهاه عن القبض فى المجلس لان التصريح يفوق الدلالة فلا تعمل بمقابلته شيأ ولهذا صح الاذن بعد المجلس لكونه صريحا وانما انعقدت بقوله وهبت لانه صريح فى الهبة وبقوله نحلت لانه مستعمل فيه قال عليه الصلاة والسلام أكل أولادك نحلت مثل هذا وكذا قال أبو بكر رضى الله تعالى عنه لعائشة رضى الله تعالى عنها كنت نحلتك على ما بينا وبقوله أطعمتك هذا الطعام لان الاطعام اذا أضيف الى ما تؤكل عينه يراد به التمليك بغير عوض وهو الهبة بخلاف ما اذا قال أطعمتك هذه الارض لان عينها لا تؤكل فيكون المراد به ما يستغل منها فأمكن ذلك بالعارية وبقوله جعلته لك لان اللام للتمليك فصار كأنه قال ملكتك هذا الثوب ألا ترى أن ذلك لو كان بعوض كان تمليكا فكذا بغير عوض وبقوله أعمرتك لقوله عليه الصلاة والسلام من أعمر عمرى فهى لمعمره ولورثته من بعده

(قوله لان الكسوة يراد بها التمليك) أى تمليك العين لا تمليك المنفعة اه (قوله والمراد به التمليك) أى وألفاظنا تحمل على ما هو المراد من ألفاظ الشرع اه اتقانى (قوله دارى لك هبة) نصب على الحال اه (قوله مشورة) هى بتسكين الشين وفتح الواو وبضم الشين وسكون الواو بمعنى الشورى وهى استخراج رأى على غالب الظن اه اتقانى (قوله قال دارى لك هبة) نصب على الحال أو على التمييز اه (قوله احترز بقوله محوز عن المتصل) قال الاتقانى وقوله محوزة احتراز عما اذا كانت الهبة مشغولة بما لم تقع عليه الهبة كالثمر فى النخل والزرع فى الارض وكالظرف فيه متاع للواهب وقوله مقسومة احتراز عن المشاع قال علماؤنا هبة المشاع فيما يحتمل القسمة لا تتم ولا تفيد الملك قبل القسمة وقال الشافعى انها تامة وبعض أصحابنا قالوا انها فاسدة والاصح ما قلناه كالهبة قبل القبض ولا يقال انها فاسدة بل غير تامة كذا هذا وأجمعوا على أن هبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة كالعبد والدابة تامة كذا قال علاء الدين العالم فى طريقة الخلاف وقال فى الطريقة البرهانية قال علماؤنا هبة المشاع فيما يحتمل القسمة لا تفيد (٩٣) الملك قبل القبض وقال الشافعى تفيد الملك بالتخلية وأجمعوا على أن هبة الشائع الذى لا يحتمل القسمة تفيد الملك بالتخلية وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى واذا وهب الرجل للرجل نصيبا مسمى فى دار غير مقسوم فسلمه اليه أو سلم اليه جميع الدار لم يجز وكذا ان وهب له نصيبا فى بيت كبير لم يجز لان البيت يقسم وكل شئ يقسم لا يجوز وهذا عندنا خلافا للشافعى ومعنى قوله انه يقسم أنه يبقى منتفعا به انتفاع البيت بعد القسمة أما اذا لم يبق منتفعا به ذلك النوع من الانتفاع مثل الحمام الصغير اذا قسم والبيت الصغير فانه تجوز هبته قبل القسمة اتفاقا وقال شيخ الاسلام أبو بكر المعروف بخواهر زاده فى مبسوطه قال علماؤنا اذا وهب مشاعا

بعد موته ولان معنى العمرى هو التمليك للحال واشتراط الاسترداد بعد موت المعمر له فصح التمليك وبطل الشرط لان الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة وبقوله حملتك على هذه الدابة تاوبابه الهبة لان الاركاب تصرف فى المنفعة فيكون عارية الا اذا أراد به الهبة فتصح لانه مستعمل فيه يقال حمل الامير فلانا على الدابة يعنون به التمليك فتصح نيته لاسيما اذا كان تشديدا عليه وبقوله كسوتك هذا الثوب لان الكسوة يراد به التمليك قال الله تعالى أو كسوتهم والمراد به التمليك لان الكفارة لا تتأدى بالمنافع وكذا يقال كسا فلان فلانا اذا ملكه لا اذا أعاره وبقوله دارى لك هبة تسكنها الان اللام فيه للتمليك ظاهرا وقوله تسكنها مشورة وتنبيه على المقصود فصار نظير قوله هذا الطعام لك تأكله أو هذا الثوب لك تلبسه بخلاف ما اذا قال دارى لك هبة سكنى أو سكنى هبة حيث تكون عارية على ما بينا فى العارية وهو المراد بقوله لا هبة سكنى أى لا تكون عليكا بقوله دارى لك هبة سكنى وقوله فى محوز مقسوم ومشاع لا يقسم لا فيما يقسم أى تجوز الهبة فى محوز مقسوم وفى مشاع لا يقسم ولا تجوز فى مشاع يقسم احترز بقوله محوز عن المتصل كالثمرة على الشجرة وبقوله مقسوم عن المشاع وقال الشافعى رضى الله تعالى عنه تجوز هبة المشاع فيما يقسم وفيما لا يقسم لانها عقد تمليك والمحل قابل له فأشبهت البيع وكونه تبرعا لا ينافى الملك فى الشيوع كالقرض والوصية وتسليمه ممكن بالتخلية أو بتسليم الكل اليه كالمشاع الذى لا يحتمل القسمة ولنا أن الخلفاء الراشدين وغيرهم من الصحابة رضى الله تعالى عنهم شرطوا القسمة لصحة الهبة ولان القبض منصوص عليه فى الهبة فيشترط وجوده على أكمل الوجوه كما فى استقبال القبلة لما كان منصوصا عليه يشترط وجوده على الكمال حتى لو استقبل الحطيم لا تجوز صلاته مع انه من البيت بالسنة ولان القبض ثبت مطلقا والمطلق يتناول الكامل والكامل هو الموجود من كل وجه والقبض فى المشاع موجود من وجه دون وجه لان القبض عبارة عن كون الشئ فى حيز القابض والمشاع ليس فى حيزه من كل وجه لانه فى حيزه من وجه وفى حيز شريكه من وجه وتمامها لا يحصل الا بالقسمة لان الانصباء بها تتميز وتجتمع وما لم يجتمع لا يصير محرزا أو يكون احرازا ناقصا فلا ينهض لافادة الملك ولان اشتراط أصل القبض فى الهبة كان للتحرز عن وجوب الضمان على المتبرع لاحتمال هلاكه قبل القبض أو كيلا يلزمه المطالبة بالتسليم وهذا المعنى هنا لانه لو سلم لوجب عليه أجرة القسمة والمطالبة بالقسمة فيصير عقد

يحتمل القسمة لا يجوز سواء وهب من الاجنبى أو من شريكه وقال الشافعى يجوز من الاجنبى ومن الشريك وقال ابن أبى ليلى ان وهب من الاجنبى لم يجز وان وهب من الشريك جاز وأجمعوا على أنه اذا وهب ما لا يحتمل القسمة فانه يجوز ولا يريدون بقولهم لا يحتمل القسمة انه لا يحتمل التجزى فى نفسه لانه ما من شئ فى الدنيا الا ويحتمل التجزى فى نفسه وانما يريدون بقولهم لا يحتمل القسمة أن المنفعة تفوت أصلا بالقسمة والتجزى كما فى العبد متى قسم وجزئ تفوت المنفعة أصلا أو تفوت جنس المنفعة كما فى الحمام والبيت الصغير الى هنا لفظ خواهر زاده اه (قوله كالقرض والوصية) قال الاتقانى وكذلك قرض المشاع فى الذى يحتمل القسمة صحيح والقرض تبرع والتبرع لا يصح بدون القبض بيانه ما نص فى كتاب المضاربة فى رجل دفع الى رجل ألفا فانفقه قرضا ونصفه مضاربة فانه يصح وكذلك لو أوصى بثلث داره شائعا يصح ويثبت الملك قبل القبض اه اتقانى (قوله لانه لو صح) أى هبة المشاع فيما يقسم وظاهره كما ترى يشعر بعدم الصحة وقد قدمت لك قريبا أن الاصح انها صحيحة غير تامة لا فاسدة كما قال به بعض مشايخنا والله أعلم

(قوله ليس بشرط لصحتها) أي بل تتم بالقبول بعد الموت قبل القبض اه اتقاني (قوله لو وهب مشاعا ثم قسمه وسلمه جاز) قال في الهداية قال ومن وهب شخصا مشاعا فالهبة فاسدة قال الاتقاني أي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه فان قسمه وسلمه جاز وأراد به الهبة فيما يقسم لان هبة المشاع فيما لا يقسم صحيحة ولهذا قال الكرخي رحمه الله وان وهب له مشاعا ثم قسم ما وهب وأفرزه ثم سلمه الى الموهوب له جاز وكذلك اذا وهب دارا فيها طعام للواهب أو ثمرة معلقة في نخل أو زرعا في أرض فاخرج الطعام من الدار وجد الثمر من النخل وحصد الزرع ثم سلم ذلك محوزا مفرزا جاز ذلك ينظر في ذلك الى حال القبض دون حال العقد الى هنا لفظ الكرخي وذلك أن هبة المشاع انما فسدت أولم تتم على ما هو الصحيح لمعنى الاشاعة فقد زال ذلك بعد القسمة والتسليم والدليل على ذلك حديث أبي بكر رضي الله عنه أنه نحل عائشة رضي الله عنها جداد عشرين وسقا وبين أنها الوحازته وقبضته جاز فلولا أن العقد في المشاع وقع صحيحا لم تملكه بالحيازة والقبض اه (قوله لانها موجودة) فان قيل ان استقام هذا في الصوف لا يستقيم في اللبن لان وجوده على خطر قد يكون للانتفاخ بسبب الريح أو بسبب الدم أو بسبب اللبن فقد وقع الشك في وجود اللبن وفي وجود المالية ومع هذا جازت الهبة استحسانا ما معنى أمره بالقبض فالجواب عنه أن الانتفاخ للريح محتمل واللبن محتمل فاستوى الوجود مع العدم ثم ترجح جانب الوجود لان امكان التصرف في الحال في وسعهما ملكها بخلاف الولد فان الوجود والعدم استويا في الولد ولم يترجح جانب الوجود لان التصرف غير ممكن واذا لم يترجح الوجود لم تثبت الحيلة ولم يكن ثابتا من الاصل بالشك اه اتقاني (قوله في المتن وملك بلا قبض جديد لو في يد الموهوب له) أقول محل ما اذا وجد القبول من

التبرع موجب الضمان القسمة على المتبرع ولمطالبته بالقسمة وهو خلاف موضوع التبرع قال الله تعالى ما على المحسنين من سبيل بخلاف ما لا يقسم لانه لا يجب أجرة القسمة فيه ولا يتصور فيه الا القبض الناقص فاكتفى به ولانا لو اعتبرنا كمال القبض فيه لانسد باب الهبة فيه وفيما يقسم لا ينسد ولا يقال يستوجب المهايأة فيما لا يقسم وهو يحاب على المتبرع فوجب أن يمتنع لانا نقول المهايأة قسمة المنافع والتبرع وقع في العين فيكون ايجابا في غير ما تبرع به فلا يبالى وانما المحظور الايجاب في عين ما تبرع به والقبض في الوصية ليس بشرط لصحتها وكذا في البيع الصحيح وفي البيع الفاسد والسلم والصرف غير منصوص عليه وقوله عليه الصلاة والسلام يدا بيد المراد به التعيين غير أن التعيين في الثمنين يكون بالقبض ولان القبض فيه شرط البقاء على الصحة لا شرط الصحة والبقاء أسهل من الابتداء ولان هذه عقود معاوضة فلا يبالى بوجوب ضمان القسمة أو المطالبة والقرض تبرع ابتداء حتى لا يملكه الا من يملك التبرع معاوضة انتهاء لانه يوجب رد المثل فلكونه تبرعا من وجه شرطنا القبض فيه ولكونه معاوضة من وجه لم نشترط القسمة عملا بالدليلين أو الشبهين ولان القبض فيه غير منصوص عليه فلا يراعى فيه الكمال ولو وهب جزأ شائعا من شريكه لم يجز أيضا لان القبض الكامل لا يتصور فيه وهو علة لثبوت الملك فيه والحكم بدون علته لا يوجد ولان العلة يراعى وجودها لا غير فيدور الحكم وهو الفساد على نفس الشيوع قال رحمه الله (فان قسمه وسلمه صح) أي لو وهب مشاعا ثم قسمه وسلمه جاز لان تمام الهبة بالقبض وعنده لا شيوع فيه ولو سلمه شائعا لا يملكه حتى لا ينفذ تصرفه فيه ويكون مضمونا عليه وينفذ فيه تصرف الواهب ذكره الطحاوي وقاضيخان وروى عن ابن رستم مثله وذكر عصام أنها تفيد الملك وبه أخذ بعض المشايخ قال رحمه الله (وان وهب دقيقا في برلا وان طحن وسلم) أي لو وهب الدقيق في الحنطة لا تجوز الهبة ولو طحنه وسلم الدقيق لا تعود صحيحة (وكذا الدهن في السمسم والسمن في اللبن) لان الموهوب معدوم وهذا لاستخراجه الغاصب ملكه والمعدوم ليس بمحل للملك فلا يمكن تمليكه بالعقد فوقع باطلا فلا يملك الا بعقد جديد وهذا لان الحنطة استحالت وصارت دقيقا وكذا غيرها وبعد الاستحالة هو عين أخرى على ما عرف في الغصب بخلاف المشاع لانه محل للملك الا أنه لا يمكن تسليمه فاذا زال المانع جاز وانما جازت الوصية بها لان الوصية بالمعدوم جائزة واللبن في الضرع والصوف على ظهر الغنم والزرع والنخل في الارض والثمر في النخيل بمنزلة المشاع لانها موجودة وامتناع الجواز للاتصال وذلك يعود الى امتناع القبض كالشائع فاذا فصلها وسلم جاز لزوال المانع كما في هبة الدين بخلاف ما لو وهب الحمل وسلمه بعد الولادة حيث لا يجوز لان في وجوده احتمال الفساد كالمعدوم والدار التي فيها المتاع والجواليق الذي فيه الدقيق كالشائع لان الموهوب مشغول بمتاع الواهب حتى لو نزع وسلم صح ويعتبر الاذن بالقبض بعد الفراغ ولا يعتد بالاذن قبله كما لا يعتد بالتسليم قبله ولو وهب المتاع الذي في الدار وسلمها معه أو الدقيق في الجوالق وسلم الدقيق مع الجوالق جاز لان الموهوب ليس بمشغول وانما هو شاغل لملك الواهب وذلك لا يوجب يد الواهب على الموهوب غاية ما في الباب أن يد الواهب قائمة في الظرف وهو آلة للحفظ فيكون تبعا لثبوت اليد في التبع لا توجب قيامه في الاصل ونظيره ما لو وهب الجارية وعليها حلي دونه وهو بالعكس لا يصح الا اذا نزعه وسلمه لانه مشغول لان الجارية هي المستعملة له فكان تبعا كالجوالق قال رحمه الله (وملك بلا قبض جديد لو في يد الموهوب له) يعني لو كانت العين الموهوبة في يد الموهوب له

الموهوب له كما ذكره الكرخي في مختصره والامام محمد رحمه الله في الاصل وعليك بمراجعة الحاشية التي أولها قال الشيخ أبو الحسن فانك تظفر بالمقصود وتغنم بفوائد والله الموفق اه وهي هذه قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره واذا وهب له وديعة في يده أو عارية أو ماهو أمانة في يده وقبل ذلك ملك الهبة وصح قبضه بهذا الكون لها في يده بعد العقد عليها وكذلك ان كانت مضمونة بيده بقيمتها أو بمثلها كان كذلك أيضا وان كانت مضمونة بغيرها مثل الرهن يكون مضمونا بالدين أو المبيع يكون مضمونا بالثمن فيهب المالك ذلك لمن هو في يده فانه لا يكون قابضا بكون ذلك في يده الا أن يقبضه قبضا بعد عقد الهبة الى هنا لفظ الكرخي والاصل في ذلك أن العين الموهوبة اذا كانت في يد الموهوب له أمانة كالوديعة والعارية ملكها بعقد الهبة من غير تجديد قبض استحسانا والقياس أن لا يكون قابضا حتى يخلي بين نفسه وبينها وجه القياس أن يد المودع يد المودع فكأنه وهب له ما في يده فلا بد فيه من قبض ووجه الاستحسان أن الهبة تقف صحتها على مجرد القبض فلا يلتفت الى قبض بصفة ومجرد القبض موجود عقيب العقد فصحت الهبة ولا يشبه هذا بيع الوديعة ممن هي في يده لان البيع يقتضي قبضا مضمونا وقبض المودع عقيب العقد قبض أمانة فلا بد من تجديد قبض آخر وذلك لا يكون الا بالتخلية بينه وبين الوديعة وأما اذا كانت العين في يد الموهوب له مضمونة فهو على وجهين ان كانت مضمونة بمثلها أو بقيمتها كالعين المغصوبة والمقبوضة على وجه السوم فانه يملكه بالعقد ولا يحتاج الى تجديد قبض وذلك لان القبض الذي تقتضيه الهبة قد وجد وزيادة وهو الضمان وذلك الضمان تصح البراءة منه ألا ترى أنه لو أبرأ الغاصب من ضمان الغصب جاز وسقط فصارت الهبة براءة من الضمان فبقي قبض من غير ضمان فتصح الهبة وان كانت العين مضمونة بغيرها كالمبيع المضمون بالثمن وكالرهن (٩٥) المضمون بالدين فلا بد من قبض مستأنف بعد عقد الهبة وهو أن يرجع الى الموضع الذي فيه العين ويمضي وقت يمكن فيه من قبضها وذلك لان العين وان كانت في يده مضمونة الا أن هذا الضمان لا تصح البراءة منه مع وجود القبض الموجب له فلم تكن الهبة براءة واذا كان كذلك لم يوجد القبض المستحق بالهبة فلم يكن بد من تجديد قبض آخر كذا في شرح الاقطع وقال محمد في الاصل

ملكها الموهوب له بمجرد العقد وان لم يجدد فيها قبضا لان القبض ثابت فيها وهو الشرط سواء كانت في يده أمانة أو مضمونة لان قبض الامانة ينوب عن مثله لا عن المضمون والمضمون ينوب عنهما والاصل فيه أنه متى تجانس القبضان ناب أحدهما عن الآخر لاتحادهما جنسا واذا اختلفا ناب الاقوى عن الاضعف دون العكس لان في الاقوى مثل الادنى وزيادة وليس في الادنى ما في الاقوى فلا ينوب عنه وهذا اذا كان الموهوب في يده مضمونا كالمغصوب والمرهون والمقبوض على سوم الشراء لا اشكال فيه لان المقبوض في يده حقيقة وحكما فيبرأ عن الضمان بمجرد قبول الهبة وكذا اذا كان في يده عارية أو اجارة لانه قبضها لنفسه ويده ثابتة فيه وأما اذا كانت في يده بطريق الوديعة فمشكل لان يده يد المالك لانه نائب عنه في الحفظ وقبضه لاجل المالك فكيف ينوب هذا القبض عن قبض الهبة بل ينبغي أن يكون هذا كما لو وهبه وهو في يد الواهب لكن للمودع يد حقيقة فباعتبارها نزل قابضا لانا أقمنا يده مقام يد المالك حكما مادام عاملا له وبعد الهبة ليس بعامل له فتعتبر الحقيقة قال رحمه الله (وهبة الاب لطفله تتم بالعقد) لانه في قبض الاب فينوب عن قبض الصغير لانه وليه فيشترط قبضه ولا فرق في ذلك بين ما اذا كان في يده أو في يد مودعه لان يد المودع كيد المالك بخلاف ما اذا كان في يد الغاصب أو في يد المرتهن أو في يد المستأجر

أرأيت رجلا استودع أخاه عبدا أو ثوبا أو متاعا أو دارا أو دابة ثم قال صاحب المتاع والدابة والعبد قد وهبت لك الذي استودعتك وهو في يد المودع أيجوز ذلك قال نعم اذا قبلت قال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه قد شرط القبول هنا وذكر فيما اذا وهب عبد الانسان ثم قبضه في المجلس أو بعد المجلس وكان أمره بالقبض نصا أنه يصح ولم يشرط القبول في ذلك وانما كان كذلك لان في تلك المسئلة العبد ليس في يد الموهوب له حالة الهبة واذا لم يكن العبد في يد الموهوب له كان الموهوب له محتاجا الى احداث قبض حتى يملك الهبة فتى أقدم على القبض كان ذلك إقداما على القبول ورضا منه بوقوع الملك له فلذلك وان لم يوجد القبول منه نصا بعد ايجاب الواهب يقع الملك في الهبة بغير رضاه لانه لا حاجة الى القبض ولا يجوز أن يقع الملك للموهوب له بغير رضاه لما فيه من توهم الضرر وذكر شيخ الاسلام خواهر زاده أيضا في مبسوطه قال وان كان الموهوب له ساكنا في دار باجر أو عارية قال نعم هذا جائز لان قبض الوديعة ينوب عن قبض الهبة فلان ينوب قبض الاجارة وفي قبض الاجارة زيادة ضمان ليس في قبض الوديعة أولى اه اتقاني (قوله لان المقبوض) كذا هو بخط الشارح والاولى أن يقال لان الموهوب اه (قوله أو في يد المرتهن) قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي في رجل رهن عبده من رجل وسلمه اليه ثم وهبه من ابنه الصغير لم يجز لان القبض شرط لتمام الهبة وقد فقد حقيقة وتقديرا لانا جعلنا يد الاب فيما يهبه لابنه الصغير عن نفسه لان يد الابن اذا كانت قائمة وههنا اليد للمرتهن لا للراهن فتعذر جعلها لليد فانعدم قبضها الذي هو متمم للهبة فقلنا بالفساد وكذلك لو كان العبد الموهوب غصبا في يدي رجل أو مقبوضا لرجل بحكم شراء فاسد لانه بعدم اليد للواهب فتعذر تقديرا اه اتقاني وكتب ما نصه قال ابن عبد البر أجمع الفقهاء على أن هبة الاب لابنه الصغير لا تحتاج الى قبض جديد أما هل تحتاج الى القبول

قال الشافعي والقاضي الحنبلي لابد أن (٩٦) يقول بعد قوله وهبته له قبلته وظاهر مذهب حمد لا يحتاج الى هذا كقولنا وقال مالك

حيث لا تجوز الهبة لعدم قبضه لان كل واحد منهم قابض لنفسه وعامل لنفسه ولو وهب من ابنه الصغير داراوالاب ساكنها ومتاعه فيها جازت الهبة وملكها الابن بمجرد قوله وهبتها له لانها في يده وسكناه ومتاعه فيها لا بنائي يده بل يقررها فتكون هي في قبضه وهو الشرط ولو كان يسكنها غيره بأجر لا يجوز لما ذكرنا وان كان بغير أجر جازت الهبة وملكها الابن بمجرد العقد ذكره محمد في المنتقى وكذا لو وهبته أمه وهو في يدها والاب ميت وليس له وصي وكذا كل من يعوله لان التصرف نفع محض ولن في يده ضرب ولاية حتى كان له تأديبه وتسلمه في صناعة فيملك التصرف النافع فينفرد بتمليكه ويملكه الصغير بمجرد الهبة اذا كان في يد الواهب كما في الاب والصدقة في هذا كله كالهبة قال رحمه الله (وان وهب له أجنبي يتم بقبض وليه) لان للولي ولاية التصرف في ماله وقبض الهبة من التصرف في المال ولا يشترط أن يكون الصبي في حجره لثبوت ولايته عليه مطلقا لان المراد بالولي هو الاب ووصيه والجد ووصيه بخلاف غيرهم من الاقارب والاجانب حيث لا يكون لهم ولاية القبض الا اذا كان في حجره وليس له أب على ما بين قال رحمه الله (وأمه وأجنبي لو في حجرهما) أي تتم بقبض أمه وبقبض أجنبي اذا كان في حجرهما لما ذكرنا أن لمن هو في يده ولاية التصرف النافع له وتحصيل المال من أوفر المنافع فكان لهم ذلك لثبوت يدهم عليه حتى لا يكون لغيرهم أن ينزعه من أيديهم فكانوا أحق بحفظه وتحصيل المال له من ضرورات حفظه لانه لا يبقى عادة الا بقوت وملبوس فقاموا في هذا مقام الولي عند عدم الولي لكونه نفعا محضا قال رحمه الله (وبقبضه ان عقل) أي تتم بقبض الصبي نفسه ان كان مميزا يعقل التحصيل لانه في التصرف النافع الذي لا يحتمل غيره ألحق بالبالغ العاقل استحسانا والقياس أن لا يجوز لانه لا معتبر بعقله قبل البلوغ ولهذا يجوز قبض غيره له حتى الاجنبي اذا كان في عياله ولو اعتبر بعقله وجعل له ولاية التصرف لما نفذ عليه تصرف غيره ولا كان له حاجة اليه وجه الاستحسان أنه انما لا يعتبر عقله لدفع الضرر عنه لان الظاهر انه لا يتم به نظره في عواقب أموره لعدم اعتدال عقله فاذا كان التصرف نافعا محضا تعين النظر في نفوذه فينفذ نظرا له لان الرد في الضار لاجله والتوقف في المتردد بين النفع والضرر لاجله حتى يجيزه الولي ان رأى فيه مصلحة فكذا وجب أن ينفذ تصرفه النافع نظرا له وجاز تصرف الولي أو الاجنبي عليه في هذه الحالة نظرا له أيضا حتى ينفتح له سبب تحصيل النفع بطريقين وليس من الحكمة أن تثبت عليه الولاية لغيره نظرا له ثم يرتد منه مثل هذا النفع المحض ولا من الفقه مع أنه من أهله بالتمييز والاختيار قال رحمه الله (ويجوز قبض زوج الصغيرة ما وهب لها بعد الزفاف) لان الاب أقامه مقام نفسه في حفظها وقبض الهبة منه ولو قبضه لاب أيضا صح لان الولاية له وانما ملكه الزوج من جهته بتمليكه ولهذا ملكه والاب حاضر بخلاف الام والاجنبي حيث لا يملكانه الا بعد موته أو غيبته غيبة منقطعة في الصحيح لان تصرفهم كان للضرورة لا بتفويض الاب ولا ضرورة مع حضوره وتملكه هي أيضا ان كانت مميزة لما بينا واشترط الزفاف لثبوت ولاية الزوج لانه انما يملكه باعتبار انه يعولها وذلك بعد الزفاف ولا يشترط أن تكون ممن يجامع مثلها في الصحيح قال رحمه الله (ولو وهب اثنان دارا لواحد صح) لانهما سلماها له جملة وهو قبضها منهما كذلك فلا شيوع قال رحمه الله (لا عكسه) أي لا يجوز عكسه وهو أن يهب واحد من اثنين وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يجوز ذلك لان هذه هبة الجملة منهما اذ التمليك واحد فلا يتحقق فيه الشيوع فصار كما اذا رهن من رجلين بل أولى لان تأثير الشيوع في الرهن أقوى منه في الهبة حتى امتنع رهن المشاع فيما لا يقسم أيضا بخلاف الهبة ولان الشيوع لم يوجد الا من أحد الطرفين فلا يفسد اذ ليس فيه الزام المتبرع مؤنة القسمة فصارت كالمسئلة الاولى وله أن هبة النصف من كل واحد منهما ولهذا لو كانت فيما لا يقسم فقبل أحدهما جاز ولولا أنه تمليك لكل واحد منهما على حدة لما جاز فينصرف قبض كل واحد منهما الى نصيبه فقط وهو شائع فيكون القبض ناقصا على ما ذكرنا في هبة نصيبه لشريكه أو معدوما اذ قبض الشائع لا يتصور فلا يجوز ولا يعتبر جانب التسليم لان القبض الناقص هو المانع على ما يتنادون

لو وهبه ما لا يعرف بعينه كالاثمان لم تتم الا أن يضعها على يد غيره ويشهد عليه وعند القاضي لا فرق بين الاثمان وغيرها قاله الكاكي اه وفي المبسوط وهب لابنه شيأ معلوما في يده جاز ذلك وقبض الاب يكفي بلا قبول الاب والشهادة عليه للاحتياط والتحرز عن جحود سائر الورثة بعد موته أو بعد ادراكه وفي الذخيرة تصح الهبة من غير قبول الاب اذ كل عقد يتولاه الواحد يكفي فيه الايجاب كبيع الاب ماله لابنه الصغير اه وكتب ما نصه في الذخيرة أرسل غلامه في حاجة ثم بعد الارسال وهبه من ولده صحت اذ بعد الارسال هو في يد مولاه حكما فلو لم يرجع العبد حتى مات الاب فالعبد للولد ولا يصير ميراثا وكذا لو وهب عبدا أبقاله من ابنه الصغير فعاد ام متردد الى دار الاسلام تجوز الهبة والاب قابض له بنفس الهبة اه (قوله وملكها الابن بمجرد قوله وهبتها) فيه تنبيه على أنه لا يحتاج الى القبول اه ﴿فرع﴾ قال في فتاوى القاضي ظهير الدين ولو اتخذ لولده الصغير ثيابا ثم أراد أن يدفع الى ولد آخر ليس له ذلك الا أن بين وقت الاتخاذ أنه عارية له لان المعتبر في الباب التعارف وفي التعارف يراد بهذا البر والصلة

التسليم

التسليم بخلاف الرهن لان حكمه الحبس الدائم وقد ثبت لكل واحد منهما كملا فلا شيوع فيه ألا ترى أنه لو قضى دين أحدهما بقي كله في يد الآخر ولا كذلك الهبة لانه لم يحصل له الملك الا في النصف فكان شائعا ضرورة وقولهما ليس فيه الزام المتبرع مؤنة القسمة قلنا نقصان القبض أيضا مانع فلا تكون العلة منحصرة به فلا يدل عدمها على عدم الحكم على ما عرف في موضعه ألا ترى أن رجلين لو وهبا رجلين على أن نصيب أحدهما لاحدهما بعينه ونصيب الآخر للآخر لا يجوز بالاجماع وليس على الواهبين مؤنة القسمة ولا يلزمه جواز اجارة الدار من رجلين لان المانع فيها عدم التمكن من الانتفاع بالرد الى صاحبها في مدة الاجارة بحكم المهايأة ولم يوجد هذا المعنى اذا آجرها من رجلين ألا ترى أنه يجوز أن يؤجرها من شريكه لعدم هذا المعنى ولا تجوز الهبة من شريكه لما ذكرنا قال رحمه الله (وصح تصدق عشرة وهبتها الفقيرين لا الغنيين) أي لو تصدق بعشرة دراهم على فقيرين أو وهبها لهما جاز ولا يجوز التصدق بها على غنيين ولا هبتها لهما وهذا رواية الجامع الصغير جعل كل واحد منهما مجازا عن الآخر حيث جعل الهبة للفقيرين صدقة والصدقة على الغنيين هبة والاتصال بينهما أن كل واحد منهما تمليك بلا عوض فجازت الاستعارة وفرق بين الهبة والصدقة في الحكم حتى أجاز الصدقة على اثنين ولم يجز الهبة لهما والفرق أن الصدقة يبتغى بها وجه الله تعالى وهو واحد والفقير نائب عنه ولا كذلك الهبة فتكون تمليكا من اثنين فلا يجوز ولهذا الوصي بثلث ماله للفقراء صح وان كانوا مجهولين لانها وقعت لله تعالى وهو معلوم ولو أوصى به لاغنياء غير معينين لا يجوز وفي الاصل سوى بينهما فقال عقيب ذكر الهبة وكذلك الصدقة لان كل واحد منهما يتوقف على القبض والشيوع يمنع القبض فوجب أن يمنع في البابين اذ لا فرق بينهما فكان في المسئلة روايتان وقال الحاكم يحتمل أن يكون مراده من قوله وكذلك الصدقة الصدقة على الغنيين فيكون مجازا عن الهبة على ما بينا فعلى هذا ليس في المسئلة اختلاف الروايتين وقال في النهاية والظاهر أن في المسئلة روايتين وهذا كله على قول أبي حنيفة رحمه الله وأما عندهما فالهبة من شخصين جائزة على ما بينا فالصدقة أولى فلا يتأتى الفرق بينهما وقد ذكرنا الوجه من الجانبين فلا نعيده ولو وهب رجل لرجلين دارا لاحدهما ثلثيها وللآخر الثلث لم يجز عند أبي حنيفة وأبي يوسف وان قبضه وقال محمد يجوز اذا قبضه فأبو حنيفة ومحمد مرّ كل واحد منهما على أصله لان هذا هبة من رجلين فلا فرق بين أن ينص على نصيب كل واحد منهما أو لم ينص وأبو يوسف فرق بينهما فقال النص على البعض الشائع يدل على أن قصده ثبوت الملك في البعض الشائع فلا يجوز ألا ترى أنه لو رهن عبدا عند اثنين ونص لكل واحد منهما على البعض لا يجوز الرهن فكذا الهبة ولو قال لاحدهما نصفه وللآخر نصفه فكذلك عندهما لما بينا وعن أبي يوسف روايتان في رواية لا يجوز لما ذكرنا وفي رواية يجوز لانه نص على ما يقتضيه مطلق العقد لان مطلقه يقتضي التنصيف فأمكن تصحيحه بأن يجعل مجازا عن الموجب فيجعل مجازا عن موجب العقد فلا يفسد بخلاف ما اذا نص على التفاوت لان مطلق العقد لا يقتضيه فلا يمكن جعله مجازا عن موجبه فيقتضي شيوعا في العقد ضرورة وقيل انما جوّز أبو يوسف رحمه الله فيما اذا أجمل الهبة لهما أولا ثم فصل على التنصيف بأن قال وهبت لكما هذه الدار نصفها لهذا ونصفها لهذا لان التفصيل لم يخالف موجب الاجمال فيكون لغوا وأما اذا فصل ابتداء من غير اجمال بأن قال وهبت نصف هذه الدار لهذا والنصف الآخر لهذا لا يجوز لانه هبة المشاع وفيما اذا جعل نصيبهما متفاوتا لا يجوز مطلقا لان تفصيل يكون مغيرا ان تقدم الاجمال فيعتبر فيكون مبطلا للهبة وان لم تتقدمه اجمال يكون هبة المشاع ابتداء فيبطل وهذا التفصيل هو الارجح والاظهر عن أبي يوسف رحمه الله والله أعلم بالصواب

(قوله ولا يلزمه جواز اجارة) الذي بخط الشارح ولا يلزمه جوازا اجارة (قوله ولو قال) أي في الهبة اه (قوله وفيما اذا جعل نصيبهما متفاوتا) أي كالثلث والثلثين

﴿باب الرجوع في الهبة﴾

قدمنا في أول كتاب الهبة أن حكم الهبة وقوع الملك للموهوب له ملكا غير لازم وفائدته صحة الرجوع وهذا باب موانع الرجوع وما يمنع منه اه انتهى (قوله وليس فيه ما يمنع الرجوع من زيادة) أي زيادة متصلة لا منفصلة اه

﴿باب الرجوع في الهبة﴾

قال رحمه الله (صح الرجوع فيها) يعني اذا وهب اثنان هبة وقبضاها وليس فيه ما يمنع الرجوع من زيادة

وموت أحدهما وعوض وخروج من الملك وزوجية وقرابة محرمة للنكاح وهلاك الموهوب جاز الرجوع في الهبة وقال الشافعي رحمه الله لا يصح الرجوع فيها الا في الولد لقوله عليه الصلاة والسلام لا يرجع الواهب في هبته الا الوالد فيما يهب لولده ولانه عقد تمليك فوجب أن يلزم كالبيع ولان الرجوع يضاد مقتضى العقد والعقد لا يقتضي ضده وانما ثبت جواز الرجوع في الولد لان اخراجه عن ملكه لم يتم لان الولد كسبه أو بعضه ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الواهب أحق بهبته مالم يثب منها أي لم يعوض والمراد به بعد التسليم لانها لا تكون هبة حقيقة قبله واضافتها اليه باعتبار ما كان كما يقال أكلنا خبز فلان وان كان الآكل قد اشتراه ولان المقصود من الهبة العوض ولهذا يقال الايادي قروض وتأييد ذلك أيضا بالشرع قال عليه الصلاة والسلام تهادوا تحابوا والتفاعل يقتضي الفعل من الجانبين فكان له الرجوع اذا لم يحصل مقصوده كالمشتري اذا وجد بالمبيع عيبا يرجع بالثمن لفوات مقصوده وهو صفة السلامة في المبيع والمراد بما روي عدم الانفراد بالرجوع الا الوالد فانه يتفرد به فيكون له أخذه من غير رضا ولا قضاء عند الحاجة اليه كما في سائر أمواله على ما قال عليه الصلاة والسلام أنت ومالك لابيك ان أطيب ما أكلتم من كسبكم وان أولادكم من كسبكم فكلوه هنيأ رواه أحمد وأبو داود على أنا لا نسلم أن الحديث الذي رواه ينافي الرجوع لانه خبر عن قبحه فمعناه أنه لا يليق له أن يرجع فيه الا الوالد فيما يهب لولده ونظيره قوله عليه الصلاة والسلام المؤمن لا يكذب وقوله عليه الصلاة والسلام الزاني لا يزني وهو مؤمن أي لا يليق له أن يكذب أو يزني وهو مؤمن لا أنه ينافي صفة الايمان ان فعله بل هو قبيح ومع الايمان أقبح فكذا هذا قبيح كما قال عليه الصلاة والسلام العائد في هبته كالعائد في قيئه وقال عليه الصلاة والسلام العائد في هبته كالكلب يقيء ثم يعود وفعل الكلب لا يوصف بالحرمة وانما يوصف بالقبح قال رحمه الله (ومنع الرجوع دمع خرقه) يعني الموانع للرجوع في الهبة أشياء يجمعها هذه الحروف على ما بينها أخذها هو من بيت شعر قيل فيه وهو قوله

ومانع عن الرجوع في الهبه * ياصاحبي حروف دمع خرقه

قال رحمه الله (فالدال الزيادة المتصلة كالغرس والبناء والسمن) لان الرجوع لا يصح الا في الموهوب والزيادة ليست بموهوبة فلا رجوع فيها والفصل متعذر فيرجع في الاصل دون الزيادة فامتنع أصلا وبطل حق الواهب لان له حق التملك في الاصل دون الزيادة وحق الموهوب له حقيقة الملك فيما كان مراعاته أولى عند تعذر الفصل ولا يمكن ايجاب الضمان عليه أيضا لان حق التملك لا يجوز أخذ العوض عنه فبطل أصلا أطلق البناء والغرس ومراده اذا كان يوجب زيادة في الارض وان كان لا يوجب لا ينقطع الرجوع وان كان يوجب في قطعة منها بان كانت الارض كبيرة بحيث لا يعد مثله زيادة فيها كلها امتنع في تلك القطعة دون غيرها وقوله المتصلة يحترز عن المنفصلة كالولد والارش والعقر فانه يرجع في الاصل دون الزيادة لامكان الفصل بخلاف الرد بالعيب حيث يمتنع بزيادة الولد لانه عقد معاوضة فاورد الاصل دون الزيادة يؤدي الى الربا لسلامة الولد له مجانا وردّ الولد معها لا يمكن لان العقد لم يرد عليه فبطل أصلا ورجع بالنقصان وذكر في المنتقى لا يرجع في الجارية الموهوبة اذا ولدت حتى يستغني ولدها فلو حبلت ولم تلد فللواهب الرجوع فيها لانه نقصان والمراد بالزيادة المتصلة هو الزيادة في نفس الموهوب بشيء يوجب زيادة في القيمة كما في المذكور في المختصر وكالقصال والخياطة والصبغ ونحو ذلك وان زاد من حيث السعر فله الرجوع لانه لا زيادة في العين فلا يتضمن الرجوع ابطال حق الموهوب له وهو المانع وكذا اذا زاد في نفسه من غير أن يزيد في القيمة كما اذا طال الغلام الموهوب لانه نقصان في الحقيقة فلا يمنع الرجوع ولو نقله من مكان الى مكان حتى ازدادت قيمته واحتاج فيه الى مؤنة النقل ذكر في المنتقى أنه عند

(قوله ويروى الخلاف بالعكس) قال في الملتقطات رجل وهب لانسان جارية فعلمها الموهوب له القرآن أو الكتابة أو المشط ليس للواهب أن يرجع فيها وهو المختار لانها ازدادت اه (قوله ولو اختلفا في الزيادة) أي في زيادة غير حاصلة بصنع العبد كالسمن أما لو اختلفا في البناء فالقول للموهوب له اتفاقا اه كذا في شرح الجمع اه (قوله لانه ينكر لزوم العقد) وعند زفر القول للموهوب له لانه ينكر حق الواهب في الرجوع اه كاكي رحمه الله ولو قال الموهوب له بنيت أو صبغت الثوب وأنكر الواهب فالقول للموهوب له اتفاقا اه من خط قارئ الهداية رحمه الله (قوله ولهذا يجوز الخ) سيأتي هذا الفرع (٩٩) أيضا في الصفحة الآتية من الشرح اه

أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ينقطع الرجوع وعند أبي يوسف رحمه الله لا ينقطع لان الزيادة لم تحصل في العين فصار كزيادة السعر ولهما ان الرجوع يتضمن ابطال حق الموهوب له في الكراء ومؤنة النقل فبطل بخلاف نفقة العبد لانه يبدل وهو المنفعة والمؤنة بالبدل ولو وهب عبدا كافرا فأسلم في يد الموهوب له أو عبدا حلال الدم فعفا ولي الجناية في يد الموهوب له لا يرجع ولو كانت الجناية خطأ فافتداه الموهوب له لا يمنع الرجوع ولا يسترد منه الفداء ولو علم الموهوب له العبد الموهوب القرآن أو الكتابة أو الصنعة لم يمتنع الرجوع لان هذه ليست بزيادة في العين فاشبهت الزيادة في السعر وفيه خلاف زفر رحمه الله ويروى الخلاف بالعكس ولو وهب وصيفا صغيرا فشب عند الموهوب له وشاخ حتى صارت قيمته أقل من قيمته وقت الهبة ليس له أن يرجع فيه لانه حين شب وازدادت قيمته سقط الرجوع فلا يعود بعد ذلك بالنقصان ولو اختلفا في الزيادة كان القول للواهب لانه ينكر لزوم العقد قال رحمه الله (والميم موت أحد المتعاقدين) لان بموت الموهوب له ينتقل الملك الى ورثته وهم لم يستفيدوه من جهة الواهب فلا يرجع عليهم كما اذا انتقل اليهم في حال حياته ولان تبدل الملك كتبدل العين فصار كعين أخرى فلا يكون له فيها سبيل وبموت الواهب يبطل خياره لانه وصف له وهو لا يورث كخيار الرؤية والشرط على ما بيناه في البيوع أو هو مجرد حق وهو أيضا لا يورث بخلاف خيار العيب وخيار التعيين على ما عرف في موضعه ولان الشارع أوجبه للواهب والوارث ليس بواهب قال رحمه الله (والعين العوض فان قال خذ عوض هبتك أو بدلها أو عقابلتها فقبضه الواهب سقط الرجوع) لما روينا ولان ثبوت الرجوع في الهبة لخلل في مقصوده وقد زال الخلل فصار كما اذا وجد المشتري عيبا في المبيع ثم زال ولا بد من ذكر الموهوب له أن المدفوع عوض عن الهبة بأن يقول خذ هذا بدلا عنها أو عقابلتها أو جزاء عنها أو ثوابها أو نحو ذلك مما ينبئ أنه عوض عنها لان حق الرجوع ثابت له ولا يسقط الا بعوض يرضى به هو ولا يتم ذلك بدون رضاه ويشترط في العوض شرائط الهبة من القبض والافراز لانه ليس بعوض حقيقة وانما هو تمليك مبتدأ ولهذا يجوز بأقل من الموهوب من جنسه في المقدرات وشرط العوض أن لا يكون بعض الموهوب حتى لو عوضه بعض الموهوب عن البعض الباقي لم يجز لان حقه كان ثابتا في الكل فاذا وصل اليه بعضه لا يسقط حقه في الباقي وفيه خلاف زفر هو يقول ان الموهوب له ملك بالقبض فالتحق بسائر أملاكه وجوابه ما قلنا ولو وهب الواهب شيأ ولم يذكر أنه عوض عنها كان هبة مبتدأة فلكل واحد منهما أن يرجع في هبته قال رحمه الله (وصح من أجنبي) أي يجوز العوض من الاجنبي لان الموهوب له لا يحصل له بهذا العوض شيء لم يكن سالما له من قبل فيصح من الاجنبي كما يصح منه كالخلع والصلح عن دم العمد بخلاف ما اذا كان فيه دخول ملك حيث لا يجوز من الاجنبي على ما بيناه في الصلح ثم الاجنبي هنا لا يرجع على الموهوب له وان كان بأمره لانه لم يوجد منه شيأ واجبا عليه لان العوض ليس بواجب على الموهوب له بخلاف قضاء الدين حيث يرجع الاجنبي على المديون اذا قضى بأمره لان الدين ثابت في ذمته والفقه فيه أنه لما أمر به فقضاء الدين صار مستقرضا ذلك الدين وموكلا اياه بالصرف الى غيره لانا لو لم نجعله كذلك لم تتحقق فراغ ذمته عما عليه لان الذمة لا تفرغ الا بالقضاء ولا يقع الفعل قضاء الا اذا انتقل الى المؤدى الى من عليه الدين أولا حتى اذا قبض رب الدين وجب للمديون عليه مثل ماله عليه فيلتقيان قصاصا وهذا لا يحتاج اليه في الهبة لانه لا دين على الموهوب له حتى يحتاج الى فراغ ذمته بتقدير الاستقراض فافترقا من هذا الوجه اه ﴿ فرع ﴾ اعلم أن الاستحقاق اما أن وقع على الهبة أو على العوض وكل وجه على وجهين اما أن وقع على الجميع أو على النصف فان استحق جميع العوض كان للواهب أن يرجع فيما وهب لان الهبة ثبتت بلا عوض فصار

(قوله وجوابه ما قلنا) أي وهو أن المقصود لا يحصل بهذا للواهب لانا نعلم يقينا أنه بهبته ما قصد تحصيل درهم من ثلاث الدراهم لان ذلك كان سالما له فعلم أن قصده العوض الآخر اه من خط قارئ الهداية (قوله ثم الاجنبي هنا لا يرجع على الموهوب له) أي الا أن يضمن له الموهوب له صريحا اه (قوله وان كان بأمره) قال شمس الائمة البيهقي في الكفاية ولا يرجع على الموهوب له الا اذا قال عوض عني على أني ضامن اه اتقاني (قوله لا يرجع على الموهوب له الخ) لانه مخير بين أن يعوضه وبين أن يرد الهبة عليه فصار كما لو أمره بالتبرع على انسان فتبرع لم يكن له حق الرجوع عليه كذلك ههنا اه اتقاني (قوله بخلاف قضاء الدين) قال الاتقاني رحمه الله بخلاف ما اذا أمره بقضاء الدين لان قضاء الدين واجب عليه فاذا خلصه عن هذه العهدة بأمره ثبت له حق الرجوع

كان لم يكن عوّضه أصلا وان استحق جميع الهبة كان للموهوب له أن يرجع بجميع العوض لعدم سلامة مقصوده من العوض وهو تأكد ملكه في الهبة هذا اذا كان بدل المستحق قائما فأما اذا كان هالكا يفترق الجواب بين استحقاق العوض والهبة فان استحق العوض والهبة هالكة لا يرجع الموهوب له (١٠٠) أصلا لان هلاك الهبة مانع من الرجوع وان استحق الهبة والعوض هالك يرجع على الواهب بقيمة العوض ان لم يكن له مثل وبمثله ان كان له مثل لانه لم يسلم له مقصوده من العوض وهو تأكد ملكه في الهبة لانه قال حين عوضه هذا عوض هبتك أو بدل هبتك فصار كالواهب اذا نص على العوض حالة الهبة الى هذا أشار شيخ الاسلام خواهر زاده وفي تقريره بسط فأما اذا استحق النصف من أحدهما فان استحق نصف الهبة كان للموهوب له أن يرجع على الواهب بنصف العوض لانه لم يسلم له مقصوده من العوض في هذا القدر وهذا باتفاق أصحابنا فأما اذا استحق نصف العوض من يد الواهب ففيه اختلاف قال علماؤنا الثلاثة الواهب بالخيار ان شاء ردّ ما بقي من العوض ورجع بجميع الهبة وان شاء أمسك ما بقي ولم يكن له أن يرجع على الموهوب له بشئ وقال زفر يرجع على الموهوب له بنصف الهبة ويمسك ما بقي من العوض اه اتقاني وكتب ما نصه وفي الاسرار بخلاف ما اذا كان العوض مشروطا في العقد لانها تتم بيعا ومبادلة فيوزع البدل على المبدل أما في مسئلتنا فالسقوط حكم والعوض علة والحكم يثبت بالعلة ولا يتوزع على العلل وان كثرت فلا يبطل شئ من الحكم بذهاب ما يصلح علة اذا بقي ما يصلح علة وبخلاف ما اذا استحق بعض الهبة لان المعوّض ما ملكه العوض الاجزاء فيعتبر حكم المقابلة في حقه أما الواهب فملك الهبة ابتداء من غير أن يقابله شئ فلم يعتبر معنى المقابلة وهذا جواب قياس زفر رحمه الله تعالى اه كاكي (قوله الا أنه) أي الموهوب له اه

وقد أمره أن يسقط مطالبته عنه فيكون آمرا بأن يملكه ما كان للطالب وهو الدين فصار كما لو أمره أن يملكه عينا قال رحمه الله (وان استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض) لانه لم يدفع اليه الا ليسلم له الموهوب كله فاذا فات بعضه رجع عليه بقدره كغيره من المعاوضات قال رحمه الله (وبعكسه لا حتى يردّ ما بقي) أي اذا استحق بعكسه وهو ما اذا استحق نصف العوض لا يرجع بشئ حتى يردّ ما بقي من العوض وقال زفر رحمه الله يرجع بنصف الهبة لان كل واحد منهما عوض عن الآخر فكما يرجع الموهوب له بنصف العوض عند استحقاق نصف الهبة فكذا يرجع الواهب أيضا بنصف الهبة عند استحقاق نصف العوض لانه حكم المعاوضة اذ هو يقتضي المساواة ولنا أن العوض ليس ببدل عنه حقيقة بدليل أنه يجوز أن يعوّضه أقل من جنسه في المقدرات ولو كان معاوضة لما جاز للربا يحققه أن الموهوب له مالك للهبة والانسان لا يعطي بدل ملكه لغيره وانما أعطاه ليسقط حقه في الرجوع وما بقي يصلح لاسقاط الرجوع ولهذا لو عوّضه هذا القدر من الابتداء سقط به حقه في الرجوع الا أنه لم يرض بسقوط حقه الا بسلامة كل العوض له فاذا لم يسلم له كله كان له الخيار ان شاء رضي بما بقي من العوض وان شاء ردّ الباقي عليه ورجع في الهبة كأنه أعطاه هذا القدر في هذه الحالة ولان للعوض شبهين يشبه ابتداء الهبة من حيث ان الموهوب له متبرّع فيه باختياره ويشبه المبادلة من حيث انه ملكه بمقابلة الهبة فوفرنا عليه حظه منهما فجعلناه كالمعاوضات عند استحقاق كله حتى يرجع بالهبة أو بعضه حتى يثبت له الخيار وجعلناه كالهبة حتى لا يرجع بالبعض من غير ردّ الباقي عند استحقاق بعضه قال رحمه الله (ولو عوّض النصف رجع بما لم يعوّض) يعني اذا عوضه عن نصف الموهوب كان له أن يرجع في النصف الآخر لان حقه في الرجوع كان في الكل فاذا عوّضه عن بعضه امتنع الرجوع في حقه وبقي حقه في الباقي على ما كان قال رحمه الله (والخاء خروج الهبة عن ملك الموهوب له) لان الاخراج عن ملكه وتمليكه لغيره حصل بتسليط الواهب فلا يمكن من نقض ما تم من جهته ولان تبدل الملك كتبدّل العين فصار كعين أخرى فلا يرجع فيها ولو وهب لمكاتب غيره هبة ثم عجز المكاتب لم يرجع الواهب فيها عند محمد رحمه الله لان هذه هبة للمكاتب حقيقة ولهذا كان القبول اليه وثبت له الملك فيها فيتصرّف فيها تصرّف الملاك وبالعجز انتقلت الى مولاه فصار كانتقالها الى أجنبي فبطل حق الرجوع وعند أبي يوسف رحمه الله له أن يرجع فيها لان الهبة وقعت للمكاتب من وجه ولمولاه من وجه فبالعتق تصير ملكا له من كل وجه وبالعجز تصير ملكا لمولاه من كل وجه ثم اذا عتق كان له أن يرجع فيها فكذا اذا عجز وكان اعتبار هذا الجانب أولى في المسئلتين من اعتبار الجانب الآخر كيلا يلزم بالشك قال رحمه الله (وببيع نصفها رجع في النصف كعدم بيع شئ) يعني اذا بيع نصف الهبة يرجع في النصف الباقي كان لم يبع منها شئ فانه اذا لم يبع منها شئ كان له أن يرجع في النصف ويترك النصف لان له حق الرجوع في الكل فله أن يستوفيه ان شاء وان شاء استوفى نصفه وكذا له أن يترك الكل ان شاء وان شاء ترك النصف فكذا اذا بيع نصفها له أن يأخذ نصفها الباقي لان المانع لم يوجد الا في النصف فيتقدّر الامتناع بقدره بل أولى لانه لما جاز الرجوع في النصف مع امكان الرجوع في الكل فأولى أن يجوز عند العجز قال رحمه الله (والزاي الزوجية فلو وهب ثم نكح رجع وبالعكس لا) أي

(قوله لو وهب لاجنبية ثم تزوجها الخ) قال في الهداية وكذلك ما وهب احد الزوجين للآخر قال الاتقاني أي لا رجوع فيما وهب أحدهما لصاحبه لما روى محمد بن الحسن عن ابراهيم في كتاب الآثار قال الزوج والمرأة بمنزلة القرابة أيهما وهب لصاحبه فليس له أن يرجع فيه اه (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم اذا كانت الهبة الخ) رواه الحاكم والدارقطني اه (قوله كالعتق بالملك) يعني من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه وان كان أحدهما كافرا بخلاف النفقة حيث لا تثبت لذي الرحم المحرم اذا كان كافرا (قوله في المتن وانما يصح الرجوع) لفظة الرجوع ليست في خط الشارح وهو ثابت في المتن اه (قوله في المتن أو بحكم الحاكم) حتى لو استردها بغير قضاء ولا رضا كان غاصبا فلو هلك في يده يضمن قيمته للموهوب له وقال الشافعي وأحمد يجوز الرجوع بغير قضاء أو رضا لانه خيار في فسخ عقد فلا يفتقر الى القضاء أو الرضا كالفسخ بخيار الشرط اه كاكي (قوله ولانه) أي الرجوع في الهبة اه (قوله مختلف فيه بين العلماء) أي عندنا يرجع وعند الشافعي لا يرجع اه (قوله وفي أصله وهي) هكذا هو بخط الشارح رحمه الله وكتب على قوله وفي أصله وهي ما نصه وهاء هكذا وقع استعمال الفقهاء ولكنه ليس بصحيح قال صاحب المغرب الوهاء بالمد خطأ والصواب الوهي والضمير في أصله للرجوع اه اتقاني

لو وهب لاجنبية ثم تزوجها يجوز له الرجوع في الهبة وبالعكس وهو ما اذا وهب لزوجته ثم أبانها ليس له الرجوع في الهبة الاصل فيه أن الزوجية تظير القرابة حتى يجري التوارث بينهما بلا حاجب وترد شهادة كل واحد منهما للآخر فيكون المقصود في هبة كل واحد منهما للآخر الصلة والتوادد دون العوض كما في القرابة المحرمية وقد حصل فلا يرجع بعد حصول المقصود بخلاف الهبة للاجنبي لان المقصود فيها العوض على ما بينا فكان له الرجوع عند فواته ثم المعتبر في ذلك حالة الهبة فان كانت أجنبية كان مقصوده العوض فثبت له الرجوع فيها فلا يسقط بالتزوج وان كانت حليلة له كان مقصوده الصلة دون العوض وقد حصل فسقط الرجوع فلا يعود بالابانة قال رحمه الله (والقاف القرابة فلو وهب لذي رحم محرم منه لا يرجع فيها) لقوله عليه الصلاة والسلام اذا كانت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها ولان المقصود منها صلة الرحم وقد حصل وفي الرجوع قطيعة الرحم فلا يرجع فيها سواء كان مسلما أو كافرا كالعتق بالملك ولو وهب لعبد أخيه أو لاخيه وهو عبد لاجنبي رجع فيها عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يرجع في الاولى وفي الثانية يرجع لان الملك يقع للمولى فكان المعتبر هو المولى وله أن الهبة تقع للمولى من وجه وهو ملك الرقبة وللعبد من وجه وهو ملك اليد ألا ترى أنه أحق به مالم يفضل عن حاجته فباعتبار أحد الجانبين يلزم فيهما وباعتبار الجانب الآخر لا يلزم فيهما فلا يلزم بالشك ولان الصلة قاصرة في حق كل واحد منهما لما ذكرنا من المعنى والصلة الكاملة هي المانعة من الرجوع فلا تتعدى الى القاصرة ولو كانا جميعا ذوي رحم محرم من الواهب ذكر الكرخي رحمه الله عن محمد رحمه الله أن قياس قول أبي حنيفة رحمه الله أن يرجع لانه لم يكن لكل واحد منهما صلة كاملة وقال الهندواني ليس له أن يرجع في قولهم جميعا لان الهبة لايهما وقعت تمنع الرجوع ولو وهب للكاتب وهو ذو رحم محرم منه فان عتق لا يرجع لان الملك استقر له فيكون صلة في حقه من كل وجه باعتبار العقد وحكمه وان عجز فعند محمد رحمه الله لا يرجع لان الكسب كان للمكاتب ثم انتقل الى المولى عند العجز لما بينا في المكاتب الاجنبي وانتقال الملك يمنع الرجوع وعند أبي يوسف رحمه الله يرجع لانه بالعجز يظهر أن حقيقة الملك وقعت للمولى من وقت الهبة ولو كان المكاتب أجنبيا وهو لاه قريب الواهب فان عتق المكاتب رجع لان الملك وقع للاجنبي وان عجز فكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله بناء على اختلافهم فيمن وهب لعبد أخيه على ما مر قال رحمه الله (والهلاك الهلاك) يعني هلاك العين الموهوبة فانه مانع من الرجوع لتعذره بعد الهلاك اذ هو غير مضمون عليه قال رحمه الله (فلو ادعاه صدق) أي لو ادعى الموهوب له هلاك الهبة يصدق لانه منكر لوجوب الرد عليه فأشبه المودع قال رحمه الله (وانما يصح الرجوع بتراضيهما أو بحكم الحاكم) لان ملك الموهوب له ثابت في العين فلا يخرج عن ملكه الا بالرضا أو بالقضاء ولانه مختلف فيه بين العلماء وفي أصله وهي وفي عدم حصول مقصوده ووجوده خفاء لانه يحتمل أن يكون غرضه العوض الدنيوي فيثبت له حق الرجوع ويحتمل أن يكون غرضه الثواب في الآخرة أو اظهار الجود والسماحة فلا يكون له الرجوع على هذا التقدير فلا بد من الفصل بالقضاء أو الرضا فلم ينقض القاضي أو يفسخها بالتراضي ملك الموهوب له ثابت في العين حتى ينفذ تصرفه فيه من عتق وبيع وغير ذلك ولو كان بعد المرافعة الى الحاكم وكذا لو منعه وهلك في يده لا يضمن لقيام ملكه فيه وكذا لو هلك بعد القضاء قبل المنع لانه أوان القبض كان غير مضمون عليه فلا ينقلب مضمونا بالاستمرار عليه وان منعه بعد القضاء ضمن لوجود التعدي منه ثم اذا حصل الرجوع بالقضاء أو بالتراضي يكون فسخا من الاصل وقال زفر رحمه الله الرجوع بالتراضي عقد جديد فيجعل بمنزلة الهبة المبتدأة لان الملك عاد اليه بتراضيهما فأشبه الردّ بالعيب ولهذا الزوائد في مرض موته برضاه يعتبر من الثلث ولنا أن عقد الهبة انعقد موجبا حق النسخ للواهب وهو بالفسخ يكون مستوفيا حقا ثابتا بالعقد لان العقد وقع غير لازم فاذا رفع رجع اليه عين ملكه كالعارية فيكون فسخا في حق الكل فلا يمكن أن يجعل هبة مبتدأة ولهذا لا يشترط

(قوله ويصح في الشائع) أي الذي يحتمل القسمة بأن وهب دارا أو نحوها ورجع في نصفها ولو كان الرجوع هبة مبتدأة كما قال زفر ينبغي أن لا يصح وحيث صح علم أنه فسخ كذا في المبسوط اه (قوله في المتن لم يرجع على الواهب بما ضمن) قال الاتقاني وهذا اذا لم يعوضه فاذا كان ثمة عوض رجع بكل العوض اذا استحق جميع الهبة وبقدر المستحق من الهبة اذا استحق البعض اه (قوله عملا بالشبهين) كالاقالة لما اشتملت على معنى البيع والفسخ جعلنا بينهما وقد أمكن الجمع بينهما اه

﴿فصل﴾ مسائل هذا الفصل (١٠٣) بمنزلة مسائل شتى تذكر في آخر الكتب فلاجل هذا ذكرها في آخر كتاب الهبة في فصل على حدة اه اتقاني (قوله ومن وهب أمة الخ صحت الهبة وبطل الاستثناء) قال الاتقاني والاصل فيه أن ما يجوز ايراد العقد عليه بانفراده جاز استثناؤه ومالا فلا ثم الحمل لا يجوز هبته لاحتمال فيه فلم يجز استثناؤه وقدم الاصل في أول كتاب البيوع عند قوله ولا يجوز أن يبيع ثمرة ويستثني منها ارطالا معلومة وصرح في باب البيع الفاسد أيضا عند قوله ومن اشترى جارية الا حملها فسد البيع فاذا كان كذلك كان الاستثناء شرطا فاسدا فبطل الشرط وصحت الهبة لان الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة بدليل أن النبي صلى الله عليه وسلم أبطل شرط الخمر وجوز الهبة وانما لم تجز هبة ما في البطن لان محل الهبة مال قائم مملوك للواهب وقت العقد وفي قيام الولد وماليته شك وقت الهبة لاحتمال الانفشاخ من الريح واحتمال كون الجنين ميتا فوقع الشك في الوجود والمالية فلا يكون محلا للهبة بالشك بخلاف الوصية بما في البطن على أو الخلع عليه فانه يجوز اذا ولدت لاقل من ستة أشهر لان الوصية بالمعدوم من كل وجه جائزة كما اذا أوصى بما يثمر نخيله العام والخلع يجوز اضافته الى المعدوم كما اذا قالت خالعني على ما في يدي وليس في يدها شئ ويجوز اضافته الى ما ليس بمال أيضا كالميتة والخمر والخنزير الا أنه يقع مجانا واذا جاز اضافته الى المعدوم والى ما ليس بمال يتعين فكذا اذا وقع الشك في وجود المحل وماليته وقت العقد كالبيع ثم لما في البطن في العقد على ما قال في باب المصراة من شرح الطحاوي مراتب ثلاثة في وجه العقد فاسد والاستثناء فاسد وفي وجه العقد جائز والاستثناء فاسد وفي وجه العقد جائز والاستثناء جائز أما الوجه الذي فيه العقد فاسد والاستثناء فاسد فهو البيع والاجارة والكتابة

فيه قبض الواهب ويصح في الشائع بخلاف الرد بالعيب بعد القبض لان حقه فيه في وصف السلامة لا في الفسخ ولهذا لو زال العيب امتنع الرد لوصول حقه اليه لكن اذا لم يكن سليما فات رضاه فيرجع بالعوض ويلزم منه فسخ العقد ضرورة من غير أن يثبت حقه في الفسخ فاذا لم يكن له حق في الفسخ لم يصر مستوفيا حقه فيكون ملكا مبتدأ ضرورة غير أنه اذا حكم القاضي بالرد عند عجزه عن تسليم حقه جعلناه فسخا للعموم ولايته ولا كذلك المتعاقدان لانهما لا ولاية لهما الا على أنفسهما وانما اعتبر رده في المرض من الثلث لان حق الورثة تعلق بجميع ماله فلا يقدر أن يبطله باختياره وان أبطله رد عليه كيفما كان استحسانا وفي القياس أن لا يرد ذكره ابن سماعة قال رحمه الله (فان تلفت الموهوبة واستحقها مستحق وضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب بما ضمن) لان الهبة عقد تبرع وهو غير عامل له فلا يستحق السلامة ولا يثبت به الغرر بخلاف الوديعة لان المودع عامل له وبخلاف المعاوضات لان عقد المعاوضة يقتضي السلامة فيكون كل واحد منهما ملتزما لوصف السلامة بالاقدام على العقد فاذا لم يسلم له صار مغرورا من جهته فيرجع عليه بما لحقه قال رحمه الله (والهبة بشرط العوض هبة ابتداء فيشترط التقابض في العوضين وتبطل بالشيوع بيعا انتهاء فترد بالعيب وخيار الرؤية وتؤخذ بالشفعة) وقال زفر والشافعي رحمهما الله هو بيع ابتداء وانتهاء لانهما أسميا في البيع وهو التمليك بعوض والعبرة في العقود للمعاني دون الالفاظ ألا ترى أن الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط عدم البراءة كفالة وهبة الدين لمن عليه ابراء وبيع العبد من نفسه اعتاق وهبة المنفعة بالعوض اجارة والاعارة بعوض اجارة ولنا أنه اشتمل على جهتين فيجمع بينهما ما أمكن عملا بالشبهين فيكون ابتداؤه معتبرا بلفظه فتجري فيه أحكام الهبة وانتهاؤه معتبرا بمعناه فتجري فيه أحكام البيع كالهبة في المرض فان ظاهره تمليك في الحال تبرعا ومعناه معنى الوصية لما فيه من ابطال ما تعلق به حق الورثة فيعتبر ابتداؤه بلفظه حتى يشترط فيه القبض ويبطل بالشيوع فيما يحتمل القسمة ويوجب الملك عند القبض في الحال ويعتبر انتهاؤه بمعناه حتى ينفذ من الثلث بعد الدين لان الالفاظ لا يجوز الغاؤها مع امكان العمل بها وقد أمكن فيما نحن فيه ولا تنافي بين حكميهما لان حكم البيع قد يكون مترا خيا باشتراط الخيار لاحدهما وفي البيع الفاسد فيكون موافقا لحكم الهبة من حيث تأخيره الى القبض والهبة قد تكون لازمة بانقطاع الرجوع عما ذكرنا من الموانع للرجوع بخلاف المسائل المستشهد بها فان العمل فيها بالمعنيين غير ممكن للتضادين الحكمين فتعين الغاء اللفظ والعمل بالمعنى ولو وهب الاب مال ابنه الصغير بشرط العوض لم يجز عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى لانه تبرع ابتداء وهو لا يملك التبرع بماله وقال محمد رحمه الله يجوز لانه بيع انتهاء على ما بينا

﴿فصل﴾ قال رحمه الله (ومن وهب أمة الا حملها أو على أن يرد ها عليه أو يعتقها أو يستولدها أو دارا

والرهن لان هذه العقود تبطلها الشروط الفاسدة وأما الوجه الذي يجوز فيه العقد ويبطل الاستثناء فالهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد لان هذه العقود لا تبطلها الشروط الفاسدة فيصح العقد ويبطل الاستثناء ويدخل في العقد الام والولد جميعا وكذلك العتق اذا أعتق الجارية واستثنى ما في بطنها صح العتق ولم يصح الاستثناء وأما الوجه الذي يجوز كلاهما الوصية اذا أوصى لرجل بجارية واستثنى ما في بطنها فانه يصح لان الوصية أخت الميراث وقد جعل الجارية وصية وما في بطنها ميراثا والميراث يجري فيما في البطن وليس هذا كما اذا أوصى لرجل بجارية واستثنى خدمتها أو غلتها للورثة فالوصية صحيحة والاستثناء باطل لان الخدمة والغلة لا يجري فيهما الميراث دون الاصل ألا ترى انه لو أوصى بخدمتها وغلتها لانسان ثم مات الموصى له بعد ما صحت الوصية فانهما يعودان الى ورثة الموصي فلا تكون الخدمة والغلة موروثة عن الموصى له ولو أوصى بما في بطن جاريته لانسان والمسئلة بحالها فان الولد يكون موروثا عن الموصى له واذا أوصى برقبتها لانسان وبما في بطنها لآخر فمات الموصى له بالولد عاد الملك الى وارثه ولو أوصى برقبتها لانسان وبغلتها وخدمتها لآخر فمات الموصى له بالغلة عاد الملك الى صاحب الرقبة دون ورثة الموصى له بالغلة والخدمة وكذلك لو أن الموصى له بالغلة والخدمة مات قبل موت الموصي أو رد وصيته وقد أوصى الموصي برقبتها لآخر فان الغلة والخدمة تعود الى الموصى له بالرقبة ولا تكون لورثة الموصى له ومثله لو أن الموصى له بالولد مات قبل موت الموصي أو رد الوصية لم يعد (١٠٣) الى الموصى له بالرقبة ولكن يعود الى ورثة الموصي فلذلك افترقا فأو أوقع العقود على ما في البطن أما عقد البيع فلا يجوز وكذلك الكتابة عليه وان قبلت الام عنه وكذلك الهبة والصدقة لا تجوز وان سلم الام الى الموهوب له وان تزوج عليه فالتسمية باطلة ويجب مهر المثل ولو صالح عن القصاص على ما في البطن فان الصلح صحيح ويبطل القصاص والتسمية فاسدة ويكون للولي على القاتل الدية لان هذه العقود تصح على ما هو مال والولد ليس بمال ما دام في البطن ولو أنه أعتق ما في البطن فانه يصح اذا علم أنه كان موجودا في البطن وقت العتق وانما يعلم وجوده اذا جاءت به لاقل من ستة أشهر من وقت العتق فان جاءت به لستة أشهر فصاعدا لم يعتق لانه لم يعلم وجوده وقت العتق فلا يعتق بالشك الا اذا كانت الامة في عدة زوج فانه يحكم بوجود الولد الى سنتين من وقت العلوق في حق ثبوت النسب فكذلك في حق العتاق وانما جاز عتق ما في البطن لان العتق ينافي الرق وما في البطن موقوف وكذلك الوصية بما في البطن تصح اذا علم وجوده في البطن وقت الوصية لان الوصية أخت الميراث والميراث يجري فيما في البطن كذلك الوصية ولو خالع امرأته على ما في بطن جاريتها فالخلع واقع وللزوج الولد اذا كان موجودا في البطن وقت الخلع وان لم يكن موجودا كما اذا جاءت به لستة أشهر فصاعدا فلا سبيل للزوج على ما في البطن ولكنه ينظر ان قالت اخلعني على ما في بطن جاريتي ولم تقل من ولد فلا شيء له عليها ولو قالت من الولد فانه يرجع عليها بما ساق اليها من المهر لانها غرت الزوج حين قالت من ولد واذا لم تقل من ولد لم تغره وهذا كما قلنا في المرأة اذا قالت لزوجها اخلعني على ما في يدي أو على ما في صندوقي هذا من شيء أو لم تذكر شيئا فان كان فيه شيء فللزوج وان لم يكن فيه شيء فلا يرجع الزوج عليها بشيء لانها لم تغره حيث لم تسم له مالا فاما اذا قالت اخلعني على ما في صندوقي هذا من متاع فان كان فيه شيء من متاع فهو له وان لم يكن يرجع عليها بما ساق لها من المهر كذا في شرح الطحاوي اه اتقاني (قوله كما اذا وهب أرضه وفيها ابنه) قال في النهاية وصار هذا كما لو وهب أرضا وفيها ابن الواهب واقف وسلمها الى الموهوب له تمت الهبة فهذا مثله اه (قوله فيه اشكال) قال قارئ الهداية ومن خطه نقلت قلت لا اشكال لانه أراد لا فرق بين العبارتين في أن كل واحد منهما لا يفسد أي سواء عبر بهذا أو بهذا اه

على أن يرد عليه شيأ منها أو يعوضه شيأ منها صحت الهبة وبطل الاستثناء والشرط) لان الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام أجاز العمرى وأبطل الشرط وهذه كلها شروط فاسدة أما في غير استثناء الحمل فظاهر وأما في استثناء الحمل فلان الاستثناء تصرف لفظي لا يعمل الا فيما تناوله اللفظ والحمل لم يدخل تحت اللفظ وانما هو وصف للجارية فكان تبعا لها فلا يصح استثناؤه على ما بينا في الاقرار فانقلب شرطا فاسدا وهو لا يؤثر في الهبة فيصح ويدخل الحمل تبعا لها وهذا هو الحكم في كل معاوضة مال بغير مال كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد بخلاف المعاوضات المالية لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع وشرط ولان الملك في الهبة معلق بفعل حسي وهو القبض والشروط تفسد الحكمي لا الحسي بل الشروط نفسها تبطل ولو أعتق ما في بطنها ثم وهبها جازت الهبة في الام لان الجنين غير مملوك له واشتغال بطنها به لا يوجب الفساد كما اذا وهب أرضه وفيها ابنه بخلاف ما اذا دبر الحمل ثم وهبها حيث لا تجوز الهبة لان ملكه فيه باق ولا يمكن ادخاله في الهبة لان المدبر لا يقبل النقل من ملك الى ملك ولا يمكن تصحيح الهبة في الام بدونه لانها مشغولة به فصار نظير هبة النخل بدون الثمر أو الجوالق بدون الدقيق من حيث ان كل واحد منها يمنع القبض بخلاف البيع حيث لا يجوز في الفصول كلها فصل الاستثناء والعتق والتدبير وبخلاف الوصية حيث تجوز في الام دون الحمل وفي الحمل دون الام لان بابها أوسع على ما بينا في البيوع وقوله على أن يعوضه شيأ منها فيه اشكال فانه ان أراد به الهبة بشرط العوض فهي والشرط جائزان فلا يستقيم قوله بطل الشرط وان أراد به أن يعوضه عنها شيأ من

العين الموهوبة فهو تكرار محض لانه ذكره بقوله على أن يرد عليه شيأ منها قال رحمه الله (ومن قال للمدين اذا جاء غد فهو لك أو أنت منه بريء أو ان أديت الي نصفه فلك نصفه أو أنت بريء من النصف الباقي فهو باطل) لان تمليك الدين فيه معنى الاسقاط والابراء عنه اسقاط فيه معنى التمليك لان الدين مال من وجه بالنظر الى المال حتى تجب فيه الزكاة ويصح شراؤه به من المدين ووصف من وجه بالنظر الى الحال حتى لو حلف أنه لا مال له وله دين على الناس لا يحنث ومن وجه أنه مال كان تمليكا فيرتد بالرد ومن وجه أنه وصف كان اسقاطا فلا يتوقف على القبول والتعليق بالشروط يختص بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعتاق وهذا تمليك من وجه فلا يجوز تعليقه بالشرط فيبطل بخلاف قوله أنت بريء من النصف على أن تؤدي الى النصف لانه تقييد وليس بتعليق على ما بينا في الصلح قال رحمه الله (وصح العمري للمعمر له حال حياته ولورثته بعد موته وهي أن يجعل داره له عمره فاذا مات ترد عليه لا الرقبي أي ان مت قبلك فهي لك) وهذا تفسير الرقبي أي يقول ذلك له لما روي عن زيد بن ثابت انه عليه الصلاة والسلام قال من أعمر عمرى فهي لمعمره حياته وممانه لا ترقبوا من أرقب شيأ فهو سبيل الميراث رواه أحمد وأبو داود والنسائي وفي لفظ جعل الرقبي للذي أرقبها رواه أحمد والنسائي ولان معنى العمرى هو التمليك في الحال ويجعلها له مدة عمره ثم اذا مات ترجع اليه فصح التمليك وبطل الشرط لما بينا أن الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة ويبطل الشرط ومعنى الرقبي أن يملكها له بعد موته فيكون تمليكا مضافا الى زمان وهو من الارتقاب وهو الانتظار كأنه ينتظر موته فلا يصح لعدم التمليك في الحال وقال أبو يوسف رحمه الله تصح الرقبي أيضا بناء على أنها تمليك الحال واشتراط للاسترداد بعد موته عنده كالعمرى كأن الواهب ينتظر موت الموهوب له وقد روي ابن عباس أنه عليه الصلاة والسلام قال العمرى جائزة لمن أعمرها والرقبي جائزة لمن أرقبها رواه أحمد والنسائي فحاصله أنه متى وجد التمليك في الحال واشتراط الرد في المآل يجوز بالاجماع لما بينا أن الهبة لا تبطل بالشرط بل الشرط يبطل ومتى كان التمليك مضافا الى زمان في المستقبل لا يجوز بالاجماع فكان الخلاف بينهم مبنيا على تفسير الرقبي فمن قال انه تمليك في الحال أجازه ومن قال انه مضاف لم يجزه وليس باختلاف حقيقة ومثل هذا تقدم في نكاح الصابئات وفي فساد الصوم بالافطار في الاحليل وفي وجوب الدم اذا غسل المحرم رأسه بالخطمي ويلبس الثوب المصبوغ بعصفر فاذا لم يكن بينهم خلاف في الحقيقة واللفظ صالح للمعنيين أمكن التوفيق بين الاخبار فما ورد من النهي عن الرقبي محمول على أن المراد به ابطال شرط الجاهلية وهو الاسترداد بعد موت الموهوب له وما جاء فيه من الاطلاق محمول على انها جائزة والشرط باطل ومثله جاء النهي عن العمرى أيضا وهو ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه عليه الصلاة والسلام قال لا تعمروا ولا ترقبوا فمن أعمر شيأ أو أرقبه فهو له حياته وممانه رواه أحمد والنسائي وقال عليه الصلاة والسلام العمرى جائزة لاهلها والرقبى جائزة لاهلها رواه أبو داود والترمذي والنسائي وفيهما أخبار كثيرة بعضها يمنعهما وبعضها يجيزهما وبالحمل على ما حملناه حصل التوفيق فلا معارضة قال رحمه الله (والصدقة كالهبة لا تصح الا بالقبض ولا في مشاع يحتمل القسمة) لانه تبرع كالهبة ويلزم فيها ما يلزم في الهبة فامتنعت بدون القبض كالهبة قال رحمه الله (ولا رجوع فيها) أي في الصدقة لان المقصود فيها هو الثواب دون العوض قال في النهاية لا رجوع في الصدقة على الغني كما لا رجوع في الصدقة على الفقير ثم قال من أصحابنا من قال الصدقة على الغني والهبة سواء لانه يقصد به العوض دون الثواب ألا ترى أنه في حق الفقير جعلت الصدقة والهبة سواء فيما هو المقصود ثم له أن يرجع في الهبة فكذا في الصدقة ثم قال ولكنا نقول في ذكر لفظة الصدقة ما يدل على انه لم يقصد العوض ومراعاة لفظه أولى من مراعاة حال المتملك ثم التصدق على الغني يكون قربة يستحق به الثواب وقد يكون مالكا للنصاب وله عيال كثير والناس يتصدقون على مثل هذا النيل الثواب ألا ترى أنه عند اشتباه الحال تأدى به الواجب الذي عليه ولا رجوع له فيه بالاتفاق فكذا عند العلم بحاله لا يثبت له حق الرجوع عليه هكذا

(قوله فهو تكرار محض) قال الرازي رحمه الله لا تكرار فيه لان الاول هبة بشرط الفسخ لان الرد دليل الرجوع والثاني هبة شيء بشرط أن يكون شيء منه عوضا عن نفسه اه (قوله فما ورد من النهي عن الرقبى الخ) الرقبي قد تكون من الارتقاب وقد تكون من الترقيب حيث قال أجاز الرقبي يعني اذا كان من الارتقاب بان يقول أرقبت داري لك وحيث قال رد الرقبي يعني اذا كان من الترقيب وهو أن يقول أراقب موتك وتراقب موتي فان مت أنا فهي لك وان مت أنت فهي لي فيكون هذا تعليق التمليك بالخطر وهو موت المالك قبله وذلك باطل ثم لما احتمل المعنيين جميعا والملك الذي يدفيها يقينا فلا تزيله بالشك وانما يكون قوله داري لك تمليكا اذا لم يفسر هذه الاضافة بشيء أما اذا فسرها بقوله رقبى أو حبيس بين أنه ليس بتمليك كما لو قال داري لك سكنى يكون عارية وهذا لان الكلام المبهم اذا تعقبه تفسير فالحكم لذلك التفسير اه مبسوط السرخسي

قدم الهبة على الاجارة لانها تمليك العين والعين مقدم على المنفعة ولان فيها عدم العوض والعدم مقدم على الوجود ووصل بفصل الصدقة لانهما يتعانان لازمين اه اتقاني (قوله وانما هو اباحة المنافع الخ) قال الاتقاني وينبغي أن يقال عقد على منفعة معلومة بعوض معلوم الى مدة معلومة حتى يخرج النكاح لان التوقيت يبطله أو يقال عقد (ص ١٠٥) على منفعة معلومة للاستباحة البضع بعوض معلوم وقال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي التمليك على ضربين تمليك منفعة وتمليك عين وكل وجه على وجهين اما أن يكون ببدل أو غير بدل فتمليك العين ببدل هو البيع وتمليك العين بغير بدل هي الهبة والصدقة والوصية وما أشبه ذلك وأما تمليك المنفعة ببدل فهي الاجارة وتمليك المنفعة بغير بدل هي العارية (قوله فانه خطأ وقبيح) أما خطؤه فانه من باب أفعل لا من باب فاعل وأما قبحه فانه يستعمل في موضع القبح اه (قوله وهي تنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع) أي لان المنفعة لا تحل محلا الا ضافة لانها معدومة ليست في مقدور البشر اه بزدوي في الاستعارة وكتب ما نصه لو قال آجرتك منافع هذه الدار شهرا كذا لم يجز لان العقد يرد على العين ثم ينتقل الى المنفعة على حسب حدوثها شيأ فشيأ اه شرح مغني في باب حكم الواجب بالامر (قوله أقيمت مقام المنفعة في حق اضافة العقد) أي لا في حق الملك لان الملك

ذكر في النهاية معزيا الى المبسوط وما ذكروه من عدم جواز التصدق على غنيين ينافي هذا لانهم هناك لم يعتبروا فيه وفي الهبة الاحال المتملك حتى أجازوها لفقيرين ومنعوها لغنيين على الصحيح وهو المذكور في الجامع الصغير على ما بينا من قبل فقياسه أن يملك الرجوع في الصدقة على الغني ولا يملك الرجوع في الهبة على الفقير والله أعلم بالصواب

﴿ كتاب الاجارة ﴾

قال رحمه الله (هي بيع منفعة معلومة بأجر معلوم) وقيل هي تمليك المنافع بعوض بخلاف النكاح فانه ليس بتمليك وانما هو استباحة المنافع بعوض هذا في الشرع وفي اللغة الاجارة فعالة من أجر بأجر من باب طلب وضرب فهو آجر وذاك مأجور أي الاجارة اسم للاجرة وهي ما أعطى من كراء الاجير وقد أجره اذا أعطاه أجرته والاجر ما يستحق على عمل الخير ولهذا يدعى به يقال أجرك الله وأعظم الله أجرك وفي كتاب العين آجرت مملوكي أوجره ايجارا فهو مؤجر وفي الاساس آجرني داره فاستأجرتها وهو مؤجر ولا تقل مؤاجر فانه خطأ وقبيح قال وليس آجر هذا فاعل بل هو أفعل وهي جائزة باجماع الامة وقال الله تعالى حكاية عن شعيب عليه الصلاة والسلام اني أريد أن أنكحك احدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجج وشريعة من قبلنا شريعة لنا ما لم يظهر النسخ لاسيما اذا قص علينا على وجه الانكار وقال عليه الصلاة والسلام من استأجر أجيرا فليعلمه أجره وشرطها أن تكون الاجرة والمنفعة معلومتين لان جهالتهما تفضي الى المنازعة وركنها الايجاب والقبول وحكمها وقوع الملك في البدلين ساعة فساعة لان المعقود عليه وهي المنافع معدومة والقياس أن لا تجوز لما فيها من اضافة العقد الى ما سيوجد الا أنها أجيزت للضرورة لشدة الحاجة اليها وهي تنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع والعين المستأجرة أقيمت مقام المنفعة في حق اضافة العقد اليها لارتباط الايجاب بالقبول فعليه يظهر في المنفعة ملكا واستحقاقا قال وجودها وهذا كالمسلم فيه فان الذمة التي هي محل المسلم فيه أقيمت مقام المعقود عليه في حق جواز السلم وقال الشافعي رحمه الله تجعل المنافع المعدومة موجودة حكما ضرورة تصحيح العقد لان العقد يستدعي محلا ينعقد فيه اذ الشرع حكم بالانعقاد وهو وصف العقد فحكما بوجود المحل لينعقد العقد فيه وهذا لان العقد قد لزم واللزوم وصف يثبت بالعقد فحكما بوجود المحل لينعقد العقد فيه فأنزلنا المعدوم موجودا لذلك قلنا ارتباط الايجاب بالقبول صفة الكلام والمحل يحتاج اليه للحكم وانما اشترط وجود المحل عند الارتباط لان الانعقاد لاجل الحكم فلا بد من تعيين المحل حتى يعمل العقد فيه فجعل الدار خلفا عن المنفعة في حق اضافة العقد اليها ثم بعد ذلك على هذا اللفظ يتراخى الى حين وجود المنفعة وحكم العقد وهو الملك قبل الفصل عن العقد كما في البيع بشرط الخيار وهذا أولى مما ذهب اليه الشافعي لانا نغير أمرا حكميا بدليل شرعي وما ذهب اليه قلب الحقائق لان المنافع معدومة حقيقة والمنفعة لا تتصور وجودها في لحظة فلا يمكن جعلها موجودة حكما لان الشرع لا يرد بتقدير المستحيل ولهذا لو أضاف العقد الى المنفعة لا يجوز ولو أضافه الى العين جاز بالاجماع ولان ما قلناه ليس

(١٤ - زيلعي خامس) تأخر الى حدوث المنفعة فعلى حسب حدوث المنافع تنعقد ساعة فساعة وعند الشافعي حالة الانعقاد (قوله ولهذا لو أضاف العقد الى المنفعة لا يجوز) قال الزولوالجي الاجارة اذا أضيفت الى منفعة الدار تصح فانه نص في هبة الشيخ الامام الاجل الزاهد خواهر زاده اذا قال وهبتك منفعة هذه الدار كل شهر بدرهم يكون اجارة فهذا أولى اه انظر الحاشية التي قبل هذه بقوله ناقلا عن شرح المغني اه وهذا الفرع ذكره الزولوالجي في الفصل الاول من كتاب الاجارة اه

فيه الاقامة السبب مقام المسبب وهو أمر شائع شرعا كاقامة السفر مقام المشقة ونحوه فكان أولى قال رحمه الله (وما صح ثمنا صح أجرة) لان الاجرة تثبت بثمن المنفعة فتثبت بثمن المبيع ثم ان كانت الاجرة عينا جاز كل عين أن يكون أجرة كما جاز أن يكون بدلا في البيع وان كان موصوفا في الذمة يجوز أيضا كل ما جاز أن يكون ثمنا أو مبيعا في الذمة كالمقدرات والمذروعات ومالا فلا ولا فرق بينهما فيه وقوله ما صح ثمنا صح أجرة يقتضي ذلك ولا ينافي العكس حتى صح أجرة ما لا يصح ثمنا أيضا كالمنفعة فانها لا تصلح ثمنا وتصلح أجرة اذا كانت مختلفة الجنس كاستئجار سكنى الدار بزراعة الارض وان اتحد جنسهما لا يجوز كاستئجار الدار للسكنى بالسكنى وكاستئجار الارض للزراعة بزراعة أرض أخرى لان المنافع معدومة فيكون بيعا بالنسيئة على ما قالوا فلا يجوز ذلك في الجنس المتحد لانه يكون كبيع القوهي بالقوهي نسيئة بخلاف مختلفي الجنس على ما قالوا قال رحمه الله (والمنفعة تعلم ببيان المدة كالسكنى والزراعة فيصح على مدة معلومة أي مدة كانت) ومنه الاجير الوحد لان المدة اذا كانت معلومة كانت المنفعة معلومة فيجوز طالت المدة أو قصرت تأخرت بان كانت مضافة أو تقدمت بان كانت متصلة بوقت العقد ولا معنى لقول الشافعي فيه فانه يقدره بسنة في رواية ولا يجوز أكثر منها الان جوازها كان للضرورة ولا ضرورة الى أكثر منها وفي رواية يقدره بثلاثين سنة ولا يجوز أكثر منها لانه قلما يستعمل بالاجرة أكثر من ذلك وفي رواية تجوز أبدا الان بيع المنافع كبيع الاعيان فجاز مؤبدا قلنا كل ذلك باطل لان المجوز لها كونها معلومة ولا معنى لمنعه بعد أن صارت معلومة ألا ترى الى قوله تعالى حكاية عن شعيب عليه الصلاة والسلام اني أريد أن أنكحك احدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجج فأجاز أكثر من سنة ولان المنافع لا تكون معلومة الا بضرب المدة لها فلا تجوز الا مؤجلة بخلاف بيع الاعيان فانها معلومة بدونه ومن شرطها التأبيد أيضا حتى لو ضرب له أجلا فسد البيع وقال بعضهم لا يجوز أن يضرب لها أجلا لا يعيش اليه مثله عادة لان الغالب كالمتحقق في حق الاحكام حتى يحكم بموت المفقود عند موت أقرانه فصار كالتأبيد معنى فلا يجوز لما عرف أن التأبيد يبطلها وبه كان يفتي القاضي أبو عصمة العامري وبعضهم جوز ذلك والخلاف منهم لان المنفعة في هذا الكلام للمتعاقدين وانه يقتضي التوقيت ولا يقتضي تعيين الوقت قال رحمه الله (ولا يزاد في الاوقاف على ثلاث سنين) أي لا يجوز أن تزاد مدة الاجارة في الاوقاف على ثلاث سنين خوفا من دعوى المستأجر أنه ملكه اذا تطاولت المدة وذكر بعضهم الحيلة في جواز الزيادة على ثلاث سنين أن يعقد عقودا كل عقد على سنة ويكتب في الكتاب ان فلان بن فلان استأجر الوقف كذا وكذا سنة بكذا وكذا عقدا في كل عقد سنة وذكر صدر الاسلام أن الحيلة فيه أن يرفع الى الحاكم حتى يجيزه وكان الصدر الشهيد رحمه الله يفتي بالجواز في ثلاث سنين في الضياع الا اذا كانت المصلحة في المنع وفي غير الضياع كان يفتي بعدم الجواز فيما زاد على سنة واحدة الا اذا كانت المصلحة في الجواز هذا اذا لم ينص الواقف على مدة الاجارة فان اشترط ذلك شيأ من المدة فهو على ما شرط طال أو قصر لان شروط الواقف تراعى كالنصوص قال رحمه الله (أو بالتسمية كالاستئجار على صبغ الثوب وخياطته) أي المنفعة تعلم بالتسمية كما فيما ذكره من الصبغ والخياطة ومنه استئجار الدابة للحمل أو للركوب لانه اذا بين المصبوغ والصبغ وقدر ما يصبغ به وجنسه وجنس الخياطة والخيط ومن يركب على الدابة والقدر المحمول عليها والمسافة صارت المنفعة معلومة بلا شبهة فصح العقد ومن هذا النوع الاجارة على العمل كاستئجار القصار ونحوه قال رحمه الله (أو بالاشارة كالاستئجار على نقل هذا الطعام الى كذا) أي تكون المنفعة معلومة بالاشارة كما ذكر من نقل الطعام لانه اذا علم المنقول والمكان المنقول اليه صارت المنفعة معلومة وهذا النوع هو قريب من النوع الاول قال رحمه الله (والاجرة لا تملك بالعقد بل بالتعجيل أو بشرطه أو بالاستيفاء أو بالتمكن منه)

(قوله في المتن والمنفعة الخ) المنافع معلومة شرع يذكر كيف تعلم المنافع فقال والمنفعة الخ اه (قوله لان الغائب كالمتحقق الخ) قال الولوالجي أي قال في الفصل الاول ولو استأجر مائتي سنة بكذا فهو فاسد لانا نعلم أنه لا يعيش الى تلك المدة فيقع بعضه في حالة الحياة وبعضه بعد الوفاة اه (قوله خوفا من دعوى المستأجر) الذي بخط الشارح المستأجرين اه (قوله بكذا وكذا عقدا في كل عقد الخ) فيكون العقد الاول لازما والثاني غير لازم لانه مضاف اه (قوله في المتن أو بالتسمية) يعني المنفعة تارة تعلم ببيان المدة كما تقدم وتارة تصير معلومة بمجرد التسمية بدون ذكر المدة اه (قوله لانه اذا بين المصبوغ) أي الثوب الذي يصبغ اه (قوله والصبغ) أحمر أو نحوه اه (قوله وقدر ما يصبغ به) أي اذا كان مما يختلف اه اتقاني (قوله والمسافة) يتعلق بالحمل والركوب جميعا اه اتقاني (قوله في المتن والاجرة لا تملك بالعقد) قال في الهداية الاجرة لا تجب بالعقد وتستحق باحدى معان ثلاث اما بشرط التعجيل أو بالتعجيل من غير شرط أو باستيفاء المعقود عليه اه قوله لا تجب بالعقد أي لا يجب أداؤها وتسليمها بمجرد العقد أما نفس الوجوب فثابت بنفس العقد اه (قوله في المتن أو بالتمكن الخ) قال الاتقاني ولكن اذا كانت الاجارة صحيحة فاذا كانت فاسدة لا يجب شيء بمجرد التمكن من الاستيفاء وذلك لان الواجب على الآجر تسليم العين التي تحدث

أي

منها المنافع فى مدة الاجارة لان تسليم المنفعة لا يتصور فقام تسليم العين مقام تسليم المنفعة ولكن يعتبر التسليم على وجه يمكن الانتفاع بها وقد تحقق التسليم على هذا الوجه فقد تحقق التسليم المستحق وجب الاجر وان لم ينتفع بها كما اذا قبض المبيع ولم ينتفع به قال الامام الاسبيجابى فى شرح الطحاوى ومن استأجر دابة الى مكان معلوم ليركبها فذهب بها ولم يركبها ويحمل عليها شيأ فانه يجب الاجر وكذلك اذا استأجر دارا ليسكنها فسلم المؤجر المفتاح اليه ومضت المدة فانه يجب الاجر عليه سكن الدار أو لم يسكن الا اذا منعه مانع من السلطان أو غيره فأخرجه ولم يمكن دفعه عنها فانه لا يجب الاجر (١٠٧) عليه الى هنا لفظه رحمه الله وقال فى شرح الاقطع قال أصحابنا اذا استأجر دابة الى الكوفة فسلمها المؤجر وأمسكها المستأجر ببغداد حتى مضت مدة يمكنه المسير فيها الى الكوفة فلا أجر عليه وان ساقها معه الى الكوفة ولم يركبها وجبت الاجرة وقال الشافعى تجب الاجرة فى الوجهين دليلنا أن العقد وقع على مسافة فالتسليم فى غيرها لا يستحق به البدل كما لو وقع على مدة فسلم فى غيرها فانه لا يستحق البدل فان قيل ان المستأجر قبض العين المستأجرة وتمكن من استيفاء المنفعة المعقود عليها فوجب أن تستقر الاجرة عليه أصله اذا استأجرها شهرا فاركب قيل له التمكن من الاستيفاء فى غير محل المعقود عليه كالتمكن من الاستيفاء فى غير المدة والمعنى فى الاصل أن العقد وقع على المدة وفى مسئلتنا وقع على العمل وفرق ما بينهما كما لو استأجر رجلا لخياطة ثوب أو استأجره يوما للخياطة

أى لا تملك الاجرة بنفس العقد سواء كانت الاجرة عينا أو دينا وانما تملك بالتعجيل أو بشرط التعجيل أو باستيفاء المعقود عليه وهى المنفعة أو بالتمكن من استيفائه بتسليم العين المستأجرة فى المدة وقال الشافعى رحمه الله تملك بنفس العقد ويجب تسليمها عند تسليم العين المستأجرة لانها عقد معاوضة فيثبت الملك فى البدلين بنفس العقد وهذا مبنى على أصل أن المنفعة المعدومة عنده جعلت موجودة حكما لان من شرط جواز العقد أن يكون المعقود عليه موجودا مقدورا على تسليمه لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص فى السلم والشارع جعل المعدوم حقيقة موجودا حكما كجعل النطفة فى الرحم كالحى حكما فى حق الاحكام من الوصية والارث وكذا يجعل الموجود حقيقة كالمعدوم حكما كما جعل المرتد الملتحق بدار الحرب ميتا فى حق الاحكام حتى الارث وعتق أمهات أولاده والدليل على أنه كالموجود جواز الاستئجار بالدين ولو كان معدوما لما جاز لانه يصير دينا بدين وهو حرام شرعا ولنا أن هذا عقد معاوضة فيقتضى المساواة بينهما وذلك بتقابل البدلين فى الملك والتسليم وأحد البدلين وهو المنفعة لم تصر مملوكة بنفس العقد لاستحالة ثبوت الملك فى المعدوم فكذا فى البدل الاخر ولو ملك الاجرة لملكها بغير بدل وهو ليس من قضية المعاوضة فتأخر الملك فيه ضرورة وجواز العقد ليس باعتبار أن المعدوم جعل موجودا حكما وكيف يقال ذلك والموجود من المنفعة لا يقبل العقد لانه عرض لا يبقى زمانين فلا تتصور فيه التسليم بحكم العقد والقدرة على التسليم شرط لجواز العقد وما لا يتصور فيه التسليم لا يكون محلا للعقد بل باعتبار أن العين التى هى سبب وجود المنفعة أقيمت مقام المنفعة فى حق صحة الايجاب والقبول وفى حق وجوب التسليم اذ العين هى التى يمكن تسليمها دون العرض فانعقد فى حقها فى الحال فوجب عليه تسليمها وصار العقد مضافا غير منعقد الحال فى حق المنفعة لان أقصى ما يتصور العقد على المنفعة أن يكون العقد مضافا الى وقت حدوثها فينعقد العقد فى كل جزء من المنفعة على حسب وجودها شيأ فشيأ وهو معنى قولنا ان عقد الاجارة فى حكم عقود متفرقة بتجدد انعقادها على حسب حدوث المنافع وانما قامت العين مقام المنفعة تصحيحا للعقد فى حق الانعقاد والتسليم ضرورة عدم تصور هما فى المنفعة ولا ضرورة فى حق الملك فى البدل اذ ما ثبت للضرورة يثبت بقدرها فلا يظهر فى حق ملك البدل كما لا يظهر فى حق ملك المنفعة فيكون العقد مضافا الى وقت حدوثها غير منعقد الحال فى حقهما وهذا أولى من الذى ذهب اليه الشافعى رحمه الله فان فيه قلب الحقائق وهو جعل المعدوم موجودا وما ذهبنا اليه ليس فيه الا اقامة السبب وهو العين مقام المسبب وهى المنفعة فى حق بعض الاحكام وهذا التدريج التغيير معهود فى الشرع ألا ترى أن الشارع أقام السفر مقام المشقة لانه سببها وأقام البلوغ مقام اعتدال العقل حتى علق التكليف به لانه سببه وتقاربه كثيرة لا تخفى واما جاز الاستئجار بالدين لان العقد لم ينعقد فى حق المنفعة فلم تصر المنفعة دينا فى ذمته فلا يجب بدلها أيضا وعند انعقاد العقد فيها

والحاصل أن ههنا قيودا لوجوب الاجرة أحدها التمكن من الاستيفاء فى المدة حتى اذا لم يتمكن من استيفاء المنافع أو تمكن فى غير المدة لا يجب الاجر والثانى أن تكون الاجارة صحيحة ألا ترى الى ما قال فى عامة الفتاوى لا يجب الاجر فى الاجارة الفاسدة بالتمكن من استيفاء المنفعة وانما يجب حقيقة الاستيفاء بخلاف الاجارة الصحيحة فان الاجر تجب بالتمكن من استيفاء المنفعة (قوله وقال الشافعى تجب بنفس العقد) قال الاتقانى وفائدة هذا الخلاف ما ذكره علاء الدين العالم فى طريقة الخلاف وهو أن لا يثبت الاجر ولا المطالبة بتسليمها فى الحال ولو كانت الاجرة عبدا وهو فرسه لا يعتق عليه فى الحال اه (قوله فلم تصر المنفعة دينا) قال الاتقانى فان قيل لو لم يملك المنافع يلزم الافتراق عن دين بدين قلنا لو سلم ذلك لزم التقابض فى المجلس فلما جاز التفرق من غير تقابض ولا يكون ذلك دينا بدين بطل ما قالوا اه

(قوله وكذا يصح الارتهان والكفالة بها) قال قاضيخان في فتاواه قبيل فصل الاجارة الطويلة رجل آجر داره من رجل سنة بألف درهم ثم قال للمستأجر وهبت منك جميع الاجر أو قال أبرأتك عن الاجر صح ذلك في قول محمد وأبي يوسف الاول ولا يصح في قول أبي يوسف الآخر ولو قال أبرأتك عن خمسمائة من هذا الاجر أو قال عن تسعمائة من الالف صح ولو قال بعد ما مضت ستة أشهر من وقت الاجارة أبرأتك عن الاجر صح عن الكل في قول محمد رحمه الله (٨٠١) وفي قول أبي يوسف الآخر صح ابراؤه عما مضى ولا يصح عما يستقبل ولو كان تعجيل الاجرة شرطا في الاجارة ثم وهب منه الاجر أو أبرأه عن الاجر صح في قولهم ولو آجر داره ثم وهب له أجر رمضان قال الفقيه أبو القاسم رحمه الله ان استأجرها سنة جاز وان استأجرها مشاهرة لا يصح الا اذا وهب منه بعد ما دخل شهر رمضان قال الفقيه أبو الليث هذا الجواب يوافق قول محمد رحمه الله وبه نأخذ اه وقال الحدادي رحمه الله ولو وهب بعض الاجرة أو أبرأ منه جاز اجماعا أما على أصل محمد فظاهر لان الهبة تجوز عنده في الجميع فكذا في البعض وأما على أصل أبي يوسف فهبة البعض حط تلحق بالاصل فيصير كالموجود في حال العقد وهبة الجميع لا تلحق بالعقد فثبت في الحال وليس هنالك حق واجب فلا يصح وأما اذا وجبت الاجرة بمضي الوقت وهي دين فلا بأس بالبراءة والهبة والصرف لانه دين واجب كسائر الديون اه (قوله سقط الاجر) وذلك لان استحقاق الاجرة اذا لم يوجد التعجيل إما باستيفاء المنافع أو بالتمكن من الاستيفاء ولم يوجد الاستيفاء والتمكن منه أصلا فلا تستحق الاجرة اه اتقاني (قوله في المتن ولرب الدار والارض العقد طلب الاجر كل يوم) قال في شرح الاقطع وقال زفر لا يطالبه الا بعد مضي مدة الاجارة ولو كانت مائة سنة وهو قول أبي حنيفة الاول اه اتقاني (قوله في المتن وللقصار والخياط بعد الفراغ من عمله) واذا اشترط في جميع هذه الوجوه تعجيل الاجر أو تأخيره فهو على ما اشترطه لما أنه أعرض عن قضية المعاقدة اه اتقاني

وهو زمان حدوثها تصير هي مقبوضة فلا يكون دينا بدين أصلا ولو كان العقد منعقدا في حق المنفعة لما جازت الاجارة بالدين المؤجل أصلا كما لا يجوز السلم به ولو جاز أن يجعل المعدوم كالمستوفى لجاز ذلك في السلم أيضا كما اذا باع العين بالدين فاذا استوفى المنفعة ثبت الملك في الاجرة لتحقق المساواة وان عجلها أو اشترط تعجيلها فقد التزمه بنفسه وأبطل المساواة التي اقتضاها العقد فصح بخلاف الاجارة المضافة الى وقت بشرط تعجيل الاجرة حيث يكون الشرط باطلا ولا يلزمه للحال شيء لان امتناع وجوب الاجرة فيه ليس بمقتضى العقد بل بالتصريح بالاضافة الى وقت في المستقبل والمضاف الى وقت لا يكون موجودا قبل ذلك الوقت فلا يتغير هذا المعنى بالشرط وفيما نحن فيه انما لا يجب لاقتضاء العقد المساواة وليس بمضاف صريحا فيبطل ذلك المعنى بالتصريح على خلافه ألا ترى أن الثمن في البيع يجب في الحال ولا يجب تسليم المبيع حتى يسلم الثمن لان العقد يقتضي المساواة ثم اذا كان الثمن مؤجلا يجب تسليمه في الحال لانه تأخر بالقصد صريحا ولا يقال يصح الابراء من الاجرة بعد العقد ولو لم يملكها لما صح وكذا يصح الارتهان والكفالة بها وكذا الوتزوج امرأة بسكنى دار سنة وسلم الدار اليها ليس لها أن تمنع نفسها فلو لم تملك المنفعة ولم تقبضها لمنعت نفسها لانا نقول لا يصح الابراء عند أبي يوسف رحمه الله لعدم وجوبه كالمضاف بخلاف الدين المؤجل لانه ثابت في الذمة فجاز الابراء عنه والجواب على قول محمد رحمه الله انه وجد سبب وجوبه فجاز ابراؤه بعد وجود السبب كالابراء عن القصاص بعد الجرح والرهن والكفالة للوثيقة فلا يشترط فيه حقيقة الوجوب ألا ترى انهما جائزان بالثمن في البيع المشترط فيه الخيار وبالدين الموعود وجازت الكفالة بالدرك وجاز تعليقها بالشرط فكذا بهذا الدين أما جواز الكفالة فظاهر لانه يجوز تعليقها بشروط ملائمة فهذا لا يكون أقل منه وأما الرهن فلانه استيفاء للدين حكما فيكون معتبرا بالاستيفاء الحقيقي فلو استوفى الاجرة هنا حقيقة جاز فكذا حكما بخلاف الاجارة المضافة وانما لم يكن للمرأة أن تحبس نفسها بعد تسليم الدار اليها لانه أوفى ما سمي لها برضاها وهو المراد بمثله عادة عند الاطلاق فصار كما اذا أجلت المهر كله فانه يجب عليها تسليم نفسها قبل حلوله فكذا هذا بل أولى لانها تسلمت الدار وهي قائمة مقام المنفعة من وجه على ما بينا وقوله للشارع جعل المعدوم حقيقة موجودا حكما الخ قلنا نعم لكن عهدنا ذلك فيما يمكن تقدير وجوده حقيقة لان الشيء انما يقدر حكما اذا كان يمكن تصوره حقيقة كما في المستشهد به فان الحي يتصور موته وكذا بالعكس وأما المنافع فلا تقبل العقد أصلا حتى في حال وجودها على ما بيناه فكيف يقدر وجودها لجواز العقد وليس في وجودها جوازه بل بطلانه على ما بيناه على أن ما اعتبرناه قلب وما اعتبروناه تغيير فكان أولى على ما بينا قال رحمه الله (فان غصبت منه سقط الاجر) أي لو غصبت العين المستأجرة من يد المستأجر سقط الاجر كله فيما اذا غصبت في جميع المدة وان غصبت في بعضها سقط بحسابها لزوال التمكن من الانتفاع وهو شرط لوجوب الاجرة لا حقيقة الانتفاع على ما بين وهل تنفسخ الاجارة قال صاحب الهداية تنفسخ وقال القاضي فخر الدين في فتاواه والفضلي لا تنتقض قال رحمه الله (ولرب الدار والارض طلب الاجر كل يوم وللجمال كل مرحلة وللقصار والخياط بعد الفراغ من عمله) والاصل فيه أن الاجارة معاوضة والملك في المنافع يتمتع ثبوته زمان

(قوله لان المعقود عليه جملة المنافع) أى وهى لم تصر مسلمة اليه فلا يطالبه ببدلها اه (قوله كالثمن فى المبيع) وكما لو استأجر خياطا ليخيط له ثوبا فخاط بعضه لا يستحق الاجرة ما لم يفرغ من العمل بخلاف ما اذا بين وقت الاستحقاق مثل أن يقول آجرتك هذه الدار بكذا سنة على أن تعطى الاجرة بعد شهرين لان ذلك بمنزلة شرط تعجيل الاجرة ولنا أنه استوفى بعض المعقود عليه فيجب بدله تحقيقا للمساواة بين المتعاقدين اه اتقانى (قوله كما فى كراء الدابة) الكراء بالمد الاجرة اه مصباح (قوله ففى الدار يجب لكل يوم) أى لان اليوم مقصود بالانتفاع وأخذ البدل عنه لا يفضى الى الضرر اه اتقانى (قوله وفى المسافة لكل مرحلة) وهو استحسان اه (قوله ولا يتفرغ لغيره) أى لانه كما يفرغ من تسليم أجرة ساعة يجب عليه تسليم أجرة ساعة أخرى على التوالى اه اتقانى (قوله أو قطع المسافة) من هنا الى قوله فى المتن وبزرع رطبة مفقود من خط الشارح رحمه الله اه (١٠٩) (قوله فى المتن فان أخرجه فاحترق الخ) قال فى الهداية ومن استأجر خبازا ليخبز له فى بيته قفيزا من دقيق بدرهم لم يستحق الاجر حتى يخرج الخبز من التنور لان تمام العمل بالاخراج فلو احترق او سقط من يده قبل الاخراج لا أجر له للهلاك قبل التسليم فان أخرجه ثم احترق من غير فعله فله الاجر لانه صار مسلما بالوضع فى بيته ولا ضمان عليه لانه لم يوجد منه الجناية قال رضى الله عنه وهذا عند أبى حنيفة لانه أمانة فى يده وعندهما يضمن مثل دقيقه ولا أجر له لانه مضمون عليه فلا يبرأ الا بعد حقيقة التسليم وان شاء ضمنه الخبز وأعطاه اه قال الاتقانى قال محمد فى الجامع الصغير عن يعقوب عن أبى حنيفة فى رجل أدخل رجلا الى منزله استأجره ليخبز له خبزا فلما أخرجه من التنور احترق من غير فعله قالوا له الاجر ولا ضمان عليه الى هنا لفظ أصل الجامع الصغير قالوا فى شروح الجامع الصغير أما عدم الضمان لانه هلك لا بصنعه وأما وجوب الاجر فلانه أوفى عمله وصار الخبز منتفعا به فصح التسليم اه قوله فى الهداية وهذا عند أبى حنيفة قال الاتقانى أى عدم الضمان على الخباز اذا احترق الخبز بعد الاخراج من غير فعله هو مذهب أبى حنيفة أما عندهما فعليه الضمان أقول فى الجامع الصغير أطلق الجواب بعدم الضمان ولم يذكر الخلاف وكذا لم يذكروا الخلاف فى شروح الجامع الصغير بل قالوا لا ضمان عليه مطلقا فعن هذا قالوا الجواب فى الجامع الصغير مجرى على عمومه أما عند أبى حنيفة فلا ضمان عليه لانه لم يهلك من صنعه وأما عندهما فلانه هلك بعد التسليم وانما ذكر الخلاف القدورى فى شرحه لمختصر الكرخى برواية ابن سماعة عن محمد قال واذا أخرجه من التنور فوضعه وهو يخبز فى منزل المستأجر وقد فرغ فان احترق من غير جنايته فله الاجر ولا ضمان عليه فى قول أبى حنيفة لانه فرغ من العمل وصار مسلما له

العقد فكذا الملك فى الاجرة على ما بيناه ثم كان أبو حنيفة أولا يقول فى الكل لا يجب شئ من الاجرة حتى يستوفى جميع المنفعة والعمل وهو قول زفر لان المعقود عليه جملة المنافع والعمل فلا يتوزع الاجر على أجزائها كالثمن فى المبيع والرهن فى الدين ثم رجع عن هذا فقال ان وقعت الاجارة على المدة كما فى اجارة الدار والارض أو على قطع المسافة كما فى كراء الدابة يجب الاجر بحصة ما استوفى من المنافع اذا كان للمستوفى أجرة معلومة من غير مشقة ففى الدار يجب لكل يوم وفى المسافة لكل مرحلة والقياس أن يجب فى كل ساعة بحسابه تحقيقا للمساواة الا أنه يفضى الى الحرج لانه لا يعلم حصته الا بمشقة ولا يتفرغ لغيره فرجع الى ما ذكرنا لان حصته من الاجرة معلومة من غير مشقة وهذا القدر من المنفعة مقصود فيجب البدل بحصته بخلاف ما اذا وقعت الاجارة على العمل كالخياطة والقصارة لان العمل فى البعض غير منتفع به فلا يستوجب الاجر بمقابلته حتى يفرغ من العمل فيستحق الكل وكذا اذا عمل فى بيت المستأجر ولم يفرغ من العمل لا يستحق شيأ من الاجرة على ما ذكره صاحب الهداية وصاحب التجريد وذكر فى المبسوط والفوائد الظهيرية والذخيرة ومبسوط شيخ الاسلام وشرح الجامع الصغير لفخر الاسلام وقاضيخان والتمرتاشى أنه اذا خاط البعض فى بيت المستأجر يجب الاجر له بحسابه حتى اذا سرق الثوب بعد ما خاط بعضه يستحق الاجر بحسابه واستشهد فى الاصل على ذلك بما لو استأجر انسانا ليبنى له حائطا فبنى بعضه ثم انهدم فله أجر ما بنى فهذا يدل على أنه يستحق الاجر ببعض العمل فى الكل الا أنه يشترط فيه التسليم الى المستأجر ففى سكنى الدار وقطع المسافة صار مسلما اليه بمجرد تسليم الدار وقطع المسافة وفى الخياطة ونحوها لا يكون مسلما اليه الا اذا سلمه الى صاحبه حقيقة ففى خياطته فى منزل المستأجر يحصل التسليم بمجرد الفعل اذ هو فى منزله والمنزل فى يده فلا يحتاج فيه الى التسليم الحقيقى فيجب بمجرد العمل ولهذا اذا فرغه فى منزله يجب الاجر من غير تسليم اليه وعلى ما ذكره صاحب الهداية وصاحب التجريد لا يستحق الاجر على البعض الا فى سكنى الدار أو قطع المسافة وهو أقرب الى المروى عن أبى حنيفة رحمه الله لانه روى الفرق بينهما عنه فى القول المرجوع اليه على ما ذكرنا وعلى ما ذكروه لا فرق بين الكل قال رحمه الله (وللخباز بعد اخراج الخبز من التنور) يعنى للخباز أن يطالب بالاجر اذا أخرج الخبز من التنور لانه قد فرغ فيملك المطالبة كالخياط اذا فرغ من العمل هذا اذا كان يخبز فى بيت المستأجر لانه صار مسلما اليه بمجرد الاخراج فيستحق الاجر وان كان فى منزل الخباز لم يكن مسلما اليه بمجرد الاخراج من التنور قال رحمه الله (فان أخرجه فاحترق فله الاجر ولا ضمان عليه) يعنى اذا أخرجه من التنور ثم احترق هذا اذا كان يخبز فى منزل المستأجر

بأخراجه من التنور لانه في ملك المستأجر وهلاك الشيء من غير عمل الاجير المشترك لا تعلق به الضمان عنده فأما قول من يضمن الاجير المشترك فانه يضمن له دقيقا مثل الدقيق الذي دفعه اليه ولا أجر له فان شاء ضمنه قيمة الخبز مخبوزا وأعطاه الاجر وذلك لان قبض الاجير المشترك عندهما مضمون فلا يبرأ منه بوضعه في منزل مالكه كما لا يبرأ من ضمان المغصوب بذلك فاذا وجب عليه الضمان صار صاحب الدقيق بالخيار ان شاء ضمنه دقيقا وأسقط الاجر لانه لم يسلم له العمل وان شاء ضمنه خبزا فصار العمل مسلما له فوجبت عليه الاجرة قال ولا أضمنه الحطب والملح لانه صار مستهلكا قبل وجوب الضمان فوجب عليه الضمان ولا قيمة له اه (قوله ولو احترق قبل أن يخرجه) قال الاتقاني وانما قيد بعدم الضمان في صورة الاحتراق بعد الاخراج من التنور لانه اذا احترق قبل الاخراج فعليه الضمان في قول أصحابنا جميعا ألا ترى الى ما قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في باب من استأجر أجيرا يعمل في بيته وان احترق الخبز في التنور قبل أن يخرجه فان أبا حنيفة قال في هذا هو ضامن لانه مما جنته يداه بتقصيره بالقلع من التنور فان ضمنه قيمته مخبوزا أعطاه الاجر وان ضمنه دقيقا لم يكن له أجر لانه اذا ضمنه (١١٠) قيمته مخبوزا فقد وصل العمل اليه معنى لوصول قيمته اليه فكان له الاجر واذا ضمنه قيمة دقيقه لم يصل العمل اليه لا صورة ولا معنى فلم يستحق الاجر وهذا قول أبي يوسف ومحمد الى هنا لفظه في شرح الكافي اه (قوله فاحترق لا يستحق الاجر) في المبسوط وهو ضامن اه (قوله على ما ذكره الجماعة) أي خلافا لصاحب الهداية على ما تقدم في الصفحة الماضية من الشرح اه (قوله فلا بد من التسليم الحقيقي) أي ليخرج من ضمانه اه (قوله ولو هلك هنا) أي في منزل نفسه اه (قوله في المتن وللطباخ بعد الغرف) أراد بالغرف وضع الطعام في القصاع اه (قوله هذا اذا كان يطبخ للوليمة) قال الاتقاني والوليمة طعام العرس والوكيرة طعام البناء والخرس طعام الولادة وما تطعمه النفساء نفسها خرسة وطعام الختان اعذار وطعام القادم من سفره نقيعة وكل طعام صنع لعوة أدبة ومأدبة جمعا ويقال فلان يدعو النقرى اذا خص وفلان يدعو الجفلى أو الاجفلى اذا عم قاله القتبي وغيره (قوله أن العمل قد تم بالاقامة) قال الشيخ أبو الحسن الكرخي رحمه الله في مختصره واذا استأجره ليضرب له لبنا في ملكه أو في شيء هو في يده فان رب اللبن لا يكون قابضا حتى يجف اللبن وينصبه في قول أبي حنيفة رحمه الله لا اختلاف عنه في ذلك وعند أبي يوسف ومحمد حتى يشرجه فان هلك اللبن قبل الحد الذي حده كل واحد منهم في قوله فلا أجر له وان كان بعد قد الاجر وان كان ذلك في غير يده ولا في ملكه لم يكن له الاجر حتى يسلمه منصوبا عند أبي حنيفة ومشرجا عند أبي يوسف ومحمد الى هنا لفظ الكرخي قال في شرح الطحاوي والتسليم هو أن يخلي بين المستأجر وبين اللبن ولكن في أي وقت يصح التسليم عند أبي حنيفة اذا أقامه وعندهما ما لم يشرجه لم يصح التسليم اه اتقاني قوله ما لم يشرجه وتشريج اللبن تنضيد بعضه الى بعض اه اتقاني (قوله والانتفاع به ممكن الخ) ألا ترى أنه يؤخذ من ذلك المكان فيبنى به فصار كالخبز بعد الاخراج اه غاية (قوله كالنقل الى موضع العمارة) أي فانه غير واجب عليه اه قال الاتقاني وقولهما لا يؤمن عليه الفساد

لانه بمجرد الاخراج صار مسلما اليه اذ المنزل في يده فيستحق الاجر بوضعه فيه ولا يجب عليه الضمان اذا هلك بعد ذلك بالاجماع لانه هلك بعد التسليم ولو احترق قبل أن يخرجه أو سقط من يده قبل الاخراج فاحترق لا يستحق الاجر لهلاكه قبل التسليم ولانه قبل الاخراج لا قيمة له بخلاف ما اذا خاط الثوب في منزل صاحب الثوب حيث يستحق الاجر بخياطة بعضه وان هلك قبل التسليم على ما ذكره الجماعة لان ذلك القدر له قيمة وينتفع به فيستحق الاجر بحسابه وانما لم يضمن لانه هلك بعد التسليم لانه يصير مسلما بالاخراج على ما ذكرنا وهذا بالاجماع ولو احترق في التنور قبل الاخراج قال في النهاية يضمن لانه جناية يده وان كان الخباز يخبز في منزل نفسه لا يستحق بالاخراج من التنور المطالبة به لانه لا يصير الخبز بمجرد الاخراج مسلما الى صاحبه لان المنزل ليس في يده فلا بد من التسليم الحقيقي بخلاف ما اذا خبز في منزل المستأجر على ما ذكرنا ولو هلك هنا قبل التسليم الى صاحبه لا يستحق الاجر لعدم التسليم الحقيقي ولا يجب عليه الضمان عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يجب الضمان لان المتاع عنده في يد الاجير المشترك أمانة وعندهما مضمون ثم اذا صار ضامنا فالمالك بالخيار ان شاء ضمنه دقيقا مثل دقيقه ولا أجر له وان شاء ضمنه قيمة الخبز وأعطاه الاجر ولا يجب عليه ضمان الحطب والملح لان ذلك صار مستهلكا قبل وجوب الضمان عليه وحين ما وجب الضمان كان رمادا قال رحمه الله (وللطباخ بعد الغرف) أي للطباخ أن يطلب الاجرة بعد ما غرف الطبيخ لان الغرف عليه هذا اذا كان يطبخ للوليمة وان كان يطبخ قدرا خاصة لاهل البيت فليس عليه الغرف لان العادة لم تجر به والمعتبر هو العادة في موضع لا نص فيه قال رحمه الله (وللبان بعد الاقامة) أي اذا استأجره ليضرب له لبنا في أرضه استحق الاجر اذا أقامه وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يستحق حتى يشرجه لان التشريج من تمام عمله لانه لا يؤمن عليه من الفساد قبله فصار التشريج كاخراج الخبز من التنور ولانه هو الذي يتولاه عادة والمعتاد كالمشروط وقولهما استحسان لابي حنيفة رحمه الله وهو القياس أن العمل قد تم بالاقامة والانتفاع به ممكن والتشريج عمل زائد عليه كالنقل الى موضع العمارة بخلاف ما قبل الاقامة لانه طين منتشر وبخلاف الخبز لانه غير منتفع به

ضعيف لان العين صارت منتفعا بها فلا يعتبر بالطارئ بعد ذلك من أسباب الفساد كما بعد التشريح اه (قوله في المتن ومن لعمله أثر في العين الخ) قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره ولجميع من ذكرنا يعني من الصباغ والخياط والقصار والصائغ والنجار والاسكاف وسائر الصناع أن يحبسوا ما في أيديهم مما لهم العمل فيه أو مما عملوا حتى يقبضوا الاجر (١١١) وليس للمستأجر قبض ذلك حتى يدفع قبل الاخراج وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا فسد بالمطر ونحوه بعد ما أقامه فعنده يجب الاجر وعندهما لا يجب اذا هلك قبل التشريح هذا اذا لبن في أرض المستأجر لانه يصير مسلما اليه بالاقامة أو بالتشريح على اختلاف الاصلين وان لبن الاجير في أرض نفسه لا يستحق حتى يسلمه وذلك بالعد بعد الاقامة عنده وعندهما بالعد بعد التشريح وقد ذكرنا نظيره في الخبز قال رحمه الله (ومن لعمله أثر في العين كالصباغ والقصار يحبسها للاجر) أي يحبس العين للاجر حتى يستوفيه لان المعقود عليه وصف في المحل فكان له حق الحبس لاستيفاء البدل كما في المبيع وذكر في النهاية أن القصار اذا ظهر عمله باستعمال الثياب كان له حق الحبس وان لم يكن لعمله الا ازالة الدرن اختلفوا فيه والاصح أن له حق الحبس على كل حال لان البياض كان مستترا وقد ظهر بفعله بعد ان كان هالكا بالاستتار فصار كأنه أحدثه فيه بالاظهار وعزاه الى شرح الجامع الصغير لقاضيخان وقال زفر رحمه الله ليس له أن يحبس العين فيما لعمله أثر لان المعقود عليه صار مسلما الى صاحب العين باتصاله بملكه فسقط حق الحبس به لان الاتصال بملكه باذنه فصار كالقبض بيده ألا ترى أنه لو أمر شخصا بأن يزرع له أرضه حنطة من عنده فزرعها المأمور صار قابضا باتصاله بملكه وصار كما اذا صبغ في بيت المستأجر قلنا اتصال العمل بالمحل ضرورة اقامة العمل فلم يكن راضيا بهذا الاتصال من حيث انه تسليم بل رضاه في تحقيق عمل الصبغ ونحوه من الاثر في المحل اذ لا وجود للعمل الا به فكان مضطرا اليه والرضا لا يثبت مع الاضطرار كصاحب الطعام اذا بنى السفل لا يكون متبرعا راضيا به لانه مضطر اليه وليس هذا كصبغه في بيت المستأجر لان العين فيه في يد المستأجر لتمام يده على المنزل ويمكن العامل أن يتحرز عنه بأن يعمل في منزل نفسه فلم يكن مضطرا اليه فيكون راضيا بالتسليم مع امكان التحرز عنه فيبطل حقه في الحبس نظيره اذا سلم المبيع رضاه ليس له أن يسترده ونظير الاول اذا قبضه المشتري بغير رضاه كان للبائع أن يسترده ونظير هذا الخلاف الوكيل بالشراء اذا نقد الثمن من عنده كان له أن يحبس المبيع عن الموكل حتى يوفي الثمن لانه مضطر في نقده من عنده وعند زفر ليس له أن يحبس لان يد الوكيل يد الموكل فكان في يده بقبض الوكيل قلنا انه مضطر في هذا القبض فلا يمكن التحرز عنه اذ لا يقدر أن يقبض المبيع على وجه لا يقع في يد الموكل فلا يسقط حقه في الحبس بذلك قال رحمه الله (وان حبس فضاع فلا ضمان ولا أجر) لان العين أمانة في يده على ما بينا وله أن يحبسها بالاجر تشرعا فلا يكون به متعديا فلا يجب عليه الضمان به ولا يجب له الاجر لان المعقود عليه هلك قبل التسليم وذلك يوجب سقوط البدل كالمبيع اذا هلك قبل القبض وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يضمن العين لانها كانت مضمونة عليه قبل الحبس عندهما فلا يسقط ذلك بالحبس ثم اصاحب العين الخيار ان شاء ضمنه قيمة العين غير معمولة ولا أجر له لان العمل لم يصر مسلما اليه وان شاء ضمنه قيمتها معمولة وعليه الاجر لان المبيع وهو العمل صار مسلما اليه بتسليم بدله اليه قال رحمه الله (ومن لا أثر لعمله كالحمال والملاح لا يحبس للاجر) لان المعقود عليه نفس العمل وهو عرض يفنى ولا يتصور بقاؤه ولا أثر لقيام متاعه فلا يتصور حبسه بخلاف راد الآبق فانه يحبسه على الجعل وان لم يكن لعمله أثر لانه كان على شرف الهلاك فأحياه بالرد فكأنه باعه من مولاه فكان له حق الحبس واختلفوا في غسل الثوب حسب اختلافهم في القصار بلا نشا وقد بيناه من قبل قال رحمه الله (ولا يستعمل غيره ان شرط عمله بنفسه) أي ليس للاجير أن يستعمل في ذلك أما اذا خاط الخياط أو صبغ الصباغ في بيت المستأجر فليس له حق الحبس كذا في خزانة المفتين اه اتقاني (قوله في المتن ومن لا أثر لعمله كالحمال) يروى قوله كالحمال بالحاء والجيم جميعا والحكم فيهما واحد وهذا ذكره الكرخي جميعا في مختصره قد مر آنفا والاولى أن يروى هنا بالحاء لان الحمل يجوز أن يقع على الظهر وعلى الدابة فيكون أعم من لفظ الحمال بالجيم فكان أولى اه اتقاني (قوله في المتن ولا يستعمل غيره ان شرط عمله بنفسه) نقل عن الامام حميد الدين الضرير أن صورة المسئلة فيما اذا قال للخياط

الاجير عنزلة المبيع يحبسه البائع حتى يستوفي الثمن وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد والحسن بن زياد وأما الحمال والجمال والملاح يستأجر على حمل شئ فليس لهم حبس ما حملوا لانه لا عمل لهم فيه قائم ولا تأثير وقال محمد فان حبس الحمال المتاع في بيده فهو غاصب وقال أبو يوسف في الحمال يطالب أجرة بعد ما بلغ المنزل قبل أن يضعه فليس له ذلك الى هنا لفظ الكرخي اه اتقاني (قوله والاصح أن له حق الحبس الخ) قال فخر الدين قاضيخان وأما القصار اذا قصر الثوب هل له حق الحبس لاستيفاء الاجرة قالوا ان ظهر أثر عمله في الثوب باستعمال الناس فيه أو بالدق كان له حق الحبس وان لم يكن عمله الا النفل لا يكون له حق الحبس لان البياض كان موجودا في الثوب ومنهم من قال له حق الحبس على كل حال وهو الصحيح لان البياض وان كان موجودا في الثوب الا أنه كان مستورا وقد ظهر بعمله فكان له حق الحبس كذا ذكر في شرح الجامع الصغير وهذا اذا كان على

مثلا على أن تعمل بنفسك أو بيدك أما اذا قال على أن تعمل فهو مطلق اه غاية (قوله في المتن وان أطلق كان له أن يستأجر غيره) لان المطلق ينصرف الى المتعارف فيما لم يشترطوا الصناع يعملون في العادات بانفسهم وباجرائهم فكان له أن يعمل بنفسه وأجيره وهذا لان المعقود عليه مطلق العمل في الذمة وذلك موجود في فعله وفعل غيره فيجوز أن يوفيه باستعانة غيره كما في ايفاء الدين اه اتقاني (قوله في المتن ولا أجر لحامل الكتاب الخ) هذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل استأجر رجلا ليذهب بكتابه الى البصرة الى فلان ويجيء بجوابه فذهب فوجد فلانا قد مات فرد الكتاب قال لا أجر له وقال محمد له الاجر في الذهاب الى هنا لفظ محمد في أصل الجامع الصغير ولم يذكر محمد قول أبي يوسف وقال في المصر واختلف ذكر أبو الليث قول أبي يوسف مع محمد وغيره مع أبي حنيفة وذكر القدوري في كتاب التقريب (١١٣) ونفر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير قول أبي يوسف مع أبي حنيفة

غيره اذا شرط عليه أن يعمل بنفسه لان المعقود عليه العمل من محل معين فلا يقوم غيره مقامه كما اذا كان المعقود عليه المنفعة بان استأجر رجلا شهرا للخدمة لا يقوم غيره مقامه في الخدمة ولا يستحق به الاجر لانه استيفاء للمنفعة بلا عقد لتعين المعقود عليه لذلك قال رحمه الله (وان أطلق كان له أن يستأجر غيره) لان الواجب عليه عمل في ذمته ويمكنه الايفاء بنفسه وبالاستعانة بغيره كالامور بقضاء الدين قال رحمه الله (وان استأجره ليجيء بعياله فمات بعضهم فجاء بمن بقي فله أجره بحسابه) لانه أوفى بعض المعقود عليه فيستحق الاجر بحسابه قال الفقيه أبو جعفر الهندواني رحمه الله هذا اذا كان عياله معاومين حتى يكون الاجر مقابلا بجملتهم وان كانوا غير معلومين يجب الاجر كله وفي النهاية عن الفضلي أنه اذا استأجر في المصر ليحمل الحنطة من القرية فذهب فلم يجد الحنطة فعاد ان كان قال استأجرت منك من المصر حتى أحمل الحنطة من القرية يجب نصف الاجر بالذهاب وان قال استأجرت منك حتى أحمل من القرية لا يجب شيء لان الاجارة كانت بشرط الحمل لاغير وفي الاولى كان العقد على شيئين على الذهاب الى ذلك الموضع والحمل منه الى ههنا وقد ذهب اليه فاستوفى بعض المعقود عليه فيجب الاجر بحصته وعزاه الى الذخيرة وروى هشام عن محمد رحمه الله مثله في السغيناقي ذكره في المحيط قال رحمه الله (ولا أجر لحامل الكتاب للجواب ولا لحامل الطعام ان رده للوت) معناه ان استأجر ليذهب بطعام الى فلان بمكة مثلا أو ليذهب بكتابه اليه ويجيء بجوابه فذهب فوجد فلانا ميتا فرده فلا أجر له لانه نقض تسليم المعقود عليه بالرد فصار كأنه لم يفعل فلا يستحق الاجر وقال زفر رحمه الله له الاجر في الطعام لان الاجر في مقابلة حمل الطعام الى مكة وقد وفى بالمشروط فاستحق الاجرة عليه ثم هو برده جان فلا يسقط حقه به في الاجر بخلاف نقل الكتاب لان الاجر فيه لا يقابل الحمل لانه لا مؤنة له ولنا ان محمدا رحمه الله له الاجر للذهاب في نقل الكتاب لانه أوفى بعض المعقود عليه وهو قطع المسافة لان الاجر مقابل به لما فيه من المشقة دون حمل الكتاب لخفة مؤنته بخلاف حمل الطعام لان الاجر فيه مقابل بالحمل دون قطع المسافة لان في حمل الطعام مؤنة قلنا الاجر مقابل بالنقل فيما لا مؤنة له وسيلة الى المقصود وهو وضع الطعام هناك وعلم ما في الكتاب فاذا رده فقد نقض المعقود عليه فلا يستحق الاجر كما اذا نقض الخياط الخياطة بعد الفراغ ولو وجده غائبا فهو كما لو وجده ميتا لتعذر الوصول اليه ولو ترك الكتاب هناك ليوصل اليه أو الى ورثته فله الاجر في الذهاب لانه أتى بأقصى ما في وسعه وقال في المحيط بعد ما ذكر هذه المسئلة وكذا لو استأجر رسولا ليبلغ رسالته الى فلان

وقال فخر الدين قاضيخان في شرح الجامع الصغير واختلف المشايخ في قول أبي يوسف والاصح أن قوله كقول أبي حنيفة رضي الله عنه وأجمعوا أنه لو ترك الكتاب ثمة ولم يرد الى المرسل يستحق أجر الذهاب وأجمعوا أنه لو ذهب الى البصرة ولم يحمل الكتاب لا يستحق الاجرة وأجمعوا أنه لو استأجر رسولا ليبلغ رسالته الى فلان بالبصرة فذهب ولم يجد فلانا فانه يستحق الاجر الى هنا لفظ قاضيخان والاصل هنا أن المعقود عليه اذا انتقض بطل الاجر بالاتفاق ولكن الخلاف في أن الاجر مقابل بايصال الكتاب الى المكتوب اليه أم مقابل بحمل الكتاب وقطع المسافة به فقال محمد انه مقابل بقطع المسافة بالكتاب لا بحمل الكتاب وجوابه الى الكاتب لان حمله يسير لا يقابل به البدل غالبا لخفة مؤنته ثم قطع المسافة وقع في الذهاب للاستاجر فوجب بغداد أجر الذهاب ولم يقع قطعها في العود للاستاجر فلم يجب أجره وذلك لانه أوفى بعض المعقود عليه دون البعض فوجب الاجر بحساب ذلك كما لو استأجره على حمل طعام الى البصرة فحمل بعضه ووجه قولهما أن المقصود من الاستئجار على حمل كتاب الى فلان بالبصرة هو ايصال الكتاب اليه لا حمله وانما الحمل وسيلة اليه والاجر يقابل بما هو المقصود من العقد دون الوسيلة فاذا رد الكتاب ولم يوصله الى المكتوب اليه فقد أبطل عمله قبل التسليم فلا يستحق كما لو استأجر خياطا ليخيط له ثوبا فخاطه ثم فتقه لا يجب له الاجر لانه نقض عمله فكذا هنا فصار كمن استؤجر ليحمل طعام الى فلان بالبصرة فحمله ثم رده الى بغداد فلا أجر له فأشبه ما اذا كان المكتوب له حيا ولم يوصله اليه بخلاف ما اذا ترك الكتاب ثمة حيث يجب له أجر الذهاب اذ لم ينقض عمله بل أتى بما في وسعه ولا مكانه اه اتقاني (قوله في المتن ولا لحامل الطعام) هذه المسئلة متفق عليها بخلاف التي قبلها قال الاتقاني وهذه أي مسئلة حمل الطعام في قول علمائنا الثلاثة (قوله وكذا لو استأجر رسولا الخ) قال

الاتقانى ولو استأجره ليبلغ رسالته الى فلان بالبصرة فذهب الرجل فلم يجد المرسل اليه أو وجده لكن لم يبلغ الرسالة فرجع فله الاجر والفرق بين الرسالة والكتاب أن الرسالة قد تكون سرا لا يرضى المرسل بان يطلع عليه غيره أما الكتاب فمختوم يعنى لو ترك الكتاب مختوما لا يطلع عليه غيره قال الشيخ الامام شمس الائمة الحلوانى رحمه الله لا نسلم فصل الرسالة هو والكتاب سواء فأما فى الطعام اذا رجع بالطعام وهلك فى الطريق لا يضمن عند أصحابنا الثلاثة كذا فى الخلاصة اه

﴿ باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها ﴾

(قوله ولغيرها) أى كوضع الامتعة اه (قوله وكسر الحطب) سيأتى بعد أسطر اه (قوله وانما هذا الجواب بناء على عرفهم الخ) قال الاتقانى فان كان فى الدار موضع معد لربط الدواب كان له ذلك والا فلا لانه يؤدى الى افساد الدار اذ ربط الدواب فى موضع السكنى افساد اه (قوله فى المتن يسكن) بفتح الياء من الثلاثى المجرد فيكون على هذا انتصاب قوله حدادا أو قصارا أو طحانا على الحال ويفهم على هذا التقدير عدم اسكانه غيره بطريق الدلالة ويجوز بضم الياء وكسر الكاف وانتصاب كل منها على أنه مفعول به فعلى هذا التقدير يفهم عدم سكناه بنفسه بطريق الاشارة لانه انما لم يجز أن يسكن غيره لانه يوهن البناء وفى سكنى نفسه ملتبسا بهذه الاشياء هذا المعنى حاصل فكان فى منعه عن اسكانه غيره اشارة الى منعه عن سكناه والله أعلم وانما قلنا ان الاول دلالة لانه لما لم يملك السكنى بنفسه فلأن لا يملكها غيره بالطريق الاولى قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى واذا استأجر بيتا على أن يقعد فيه قصارا فاراد أن يقعد فيه حدادا فله ذلك ان كان مضرتهما واحدة أو مضرة الحداد أقل لانه لا يلحقه منه ضرر زائد فكان له ذلك وان كان أكثر مضرة لم يكن له ذلك لتحقق الضرر وكذلك الرحى والمسلم والحربى والمستأمن والحر والمملوك التاجر والمكاتب كلهم سواء فى الاجارة لانه عقد يتوصل به الى اقامة المصالح الدنياوية وكل واحد من هؤلاء يملك اقامة مصالح دنياه ولانه نوع تجارة وكل واحد منهم يملك التجارة اه اتقانى رحمه الله (قوله فلا بد منه) وفى الذخيرة ورحى اليد اذا كان يضر بالبناء يمنع عنه والا لا هكذا اختاره الحلوانى وعليه الفتوى اه كاكى (قوله لان الضمان والاجر لا يجتمعان) وانما كان كذلك لانا جعلنا فعله اتلافا من الابتداء والاتلاف لا يقابل بالاجر اه اتقانى

بيغداد فلم يجد فلانا وعاد فله الاجر لان الاجر بقطع المسافة لانه فى وسعه وأما الاسماع فليس فى وسعه فلا يقابله الاجر والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها ﴾

قال رحمه الله (صح اجارة الدور والحوانيت بلا بيان ما يعمل فيها) والقياس أن لا يجوز حتى يبين ما يعمل فيها لان الدار تصلح للسكنى ولغيرها وكذا الحوانيت تصلح لاشياء مختلفة فينبغى أن لا تجوز ما لم يبين ما يعمل فيها كاستئجار الارض للزراعة والثياب للبس وجه الاستحسان أن العمل المتعارف فيها السكنى ولهذا تسمى مسكنا فينصرف اليها لان المتعارف كالمشروط ولانها لا تختلف باختلاف العامل والعمل فجاز اجارتها مطلقا بخلاف الارض والثياب فانهما يختلفان باختلاف المزروع واللابس فلا بد من البيان قال رحمه الله (وله أن يعمل فيها كل شئ) لما ذكرنا انها لا تختلف باختلاف العامل والعمل فجاز له أن يعمل فيها ما شاء عند الاطلاق وله أن يسكن غيره معه أو منفردا لان كثرة السكان لا تضر بها بل تزيد فى عمارتها لان خراب المسكن بترك السكن وله أن يضع فيها ما بدا له حتى الحيوان لانه من تمام السكنى وله أن يعمل فيها ما بدا له من العمل كالوضوء والاغتسال وغسل الثياب وكسر الحطب لان ذلك كله من توابع السكنى وبه تتم السكنى وذكر فى النهاية أنه لا يدخل الدواب فى عرفنا لان المنازل ببخارى تضيق عن سكنى الناس فكيف تتسع لادخال الدواب وانما هذا الجواب بناء على عرفهم فى الكوفة قال رحمه الله (الا أنه لا يسكن حدادا أو قصارا أو طحانا) لان فى نصب الرحا واستعمالها فى هذه الاشياء ضررا ظاهرا لانها توهن البناء فيتقيد العقد بما وراءها دلالة والمراد بالرحا رحا الماء أو رحا الثور وأما رحا اليد فلا يمنع من النصب فيها لان هذا لا يضر بالبناء وهو من توابع السكنى عادة فلا بد منه وعلى هذا له تكسير الحطب المعتاد للطبخ ونحوه لانه لا يوهن البناء وان زاد على العادة بحيث يوهن البناء فليس له ذلك الا برضا صاحب الدار وعلى هذا ينبغى أن يكون الدق على هذا التفصيل فان القليل منه لا يستغنى عنه وقد جرت العادة بأن يدق أهل كل دار ثيابهم فى منازلهم ولا يوهن ذلك القدر منه البناء فحاصله ان كل ما يوهن البناء أو فيه ضرر ليس له أن يعمل فيها الا باذن صاحبها وكل ما لا ضرر فيه جاز له بمطلق العقد واستحقه به ولو أقعد الحداد وانهدم البناء بعمله وجب عليه الضمان لانه متعد فيها ولا أجر عليه لان الضمان والاجر لا يجتمعان وان لم ينهدم وجب عليه الاجر استحسانا والقياس أن لا يجب لان هذا العمل غير داخل تحت العقد والحال فيه قبل العقد وبعده سواء وجه الاستحسان أن المعقود عليه هو السكنى وفى الحدادة وأخواتها السكنى وزيادة فيكون مستوفيا للمعقود عليه فيجب عليه الاجر بشرط السلامة وهو نظير

(قوله ولو اختلف المؤجر والمستأجر في اشتراط ذلك) أي فقال المستأجر استأجرتها للحدادة والآجر يقول للسكنى دون الحدادة اه (قوله أو يقول على أن يزرع الخ) أما اذا قال على أن يزرع فيها ما شاء جاز العقد بلا بيان النوع لان عدم الجواز كان لدفع الضرر فاذا رضي صاحب الارض بذلك جاز لان المنفعة في جميعه معلومة ثم لما جاز استئجار الارض للزراعة وصح دخل الشرب والطريق لان الاجارة تعقد للانتفاع ولا انتفاع بالارض اذا لم يدخل الشرب والطريق فيدخلان ليتحقق الانتفاع بخلاف ما اذا باع الارض أو البيت حيث لا يدخل الطريق والشرب الا أن يقول بكل حق هو له أو بمرافقه أو يقول بكل قليل وكثير هو فيه أو منه وهذا لان المقصود من البيع هو تلك الرقبة لا الانتفاع بعينها ولهذا يجوز بيع (١١٤) الجحش الذي لا ينتفع به في الحال ويجوز بيع الارض السبخة ولا يجوز اجارتهما لعدم الانتفاع وقدمر بيانه في باب الحقوق وهو المراد من قوله وقدمر في البيوع قال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير وكان الفقيه أبو جعفر يقول اذا كانت الاجارة في بلدنا فالشرب لا يدخل في الاجارة بغير شرط لان الناس يتوارثون بالماء على الانفراد فلا يجوز أن يدخل فيها الا بالشرط وقال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي ومن استأجر حانوتا ولم يسم ما يعمل فيه فله أن يعمل فيه ما بدا له (قوله ولو زرعها بعد ذلك) يعني نوعا من الانواع ومضت المدة ففي القياس يجب أجر المثل لانه استوفى أجر المثل بحكم عقد فاسد فلا ينقلب الى الجواز اه كاكي (قوله وينقلب العقد صحيحا) أي لان المعقود عليه صار معلوما بالاستعمال لما أن الاجارة تنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة والفساد كان لاجل الجهالة فاذا ارتفعت كان الارتفاع وقت العقد فيعود جائزا وكذا لو

ما لو استأجر دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم فحمل عليها أحد عشر وسلمت الدابة فانه يجب عليه الاجر كذا هذا ولو اختلف المؤجر والمستأجر في اشتراط ذلك كان القول للمؤجر لانه لو أنكر الاجارة كان القول له فكذا اذا أنكر نوعا من الانتفاع ولو أقاما البينة كانت بينة المستأجر أولى لانها تثبت الزيادة قال رحمه الله (والاراضي للزراعة ان بين ما يزرع فيها أو قال على أن يزرع فيها ما شاء) لان منفعة الارض مقصودة وقد جرت العادة باستئجارها للزراعة من غير نكير فانعقد الاجماع عليها علا غير أن ما يزرع فيها يتفاوت فمنه ما يفسد الارض ومنه ما يصلحها فلا بد من بيانها أو يقول على أن يزرع فيها ما شاء كي لا يفضي الى المنازعة ولو لم يبين ما يزرع فيها ولم يقل على أن يزرع ما شاء فسدت الاجارة للجهالة ولو زرعها بعد ذلك لا تعود صحيحة في القياس كما اذا اشترى بخمر أو خنزير وفي الاستحسان يجب المسمى وينقلب العقد صحيحا لان المعقود عليه صار معلوما بالاستعمال لان الاجارة تنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع والفساد كان لاجل الجهالة فاذا ارتفعت في وقت الزراعة كفى وصار كأن الجهالة لم تكن فعادت صحيحة ولهذا لو استأجر ثوبا ولم يبين اللابس ثم ألبس شخصا عادت صحيحة لما ذكرنا وللمستأجر الشرب والطريق لان الاجارة تنعقد للانتفاع ولا انتفاع الا بهما بخلاف البيع لان المقصود منه ملك الرقبة دون الانتفاع في الحال ولهذا جاز بيع الجحش والارض السبخة فلا بد خلان فيه من غير ذكر الحقوق على ما مر في البيوع قال رحمه الله (والبناء والغرس) أي جاز استئجار الارض للبناء ولغرس الاشجار لانها منفعة معلومة تقصد بعقد الاجارة عادة فتصح كما لو استأجرها للزراعة قال رحمه الله (فان مضت المدة قلعهما وسلمها فارغة) أي اذا مضت مدة الاجارة قلع البناء والغرس وسلم الارض الى المؤجر فارغة لانه يجب عليه تسليمها الى صاحبها غير مشغولة ببنائه وغرسه وذلك بقلعهما في الحال لانهما ليس لهما حالة منتظرة ينتهيان اليها وفي تركهما على الدوام بأجر أو بغير أجر ضرر صاحب الارض فيتعين القلع في الحال بخلاف ما اذا استأجرها للزراعة فانقضت مدة الاجارة والزرع لم يدرك حيث يترك الزرع على حاله الى أن يستحصد بأجر المثل لان له نهاية معلومة فأمكن رعاية الجانبين فيه وبخلاف ما اذا مات أحد المتعاقدين في المدة والزرع لم يدرك حيث يترك بالمسمى على حاله الى أن يستحصد الزرع وان بطلت الاجارة به لان للزرع نهاية على ما بينا فاذا وجب تركه لدفع الضرر كان تركه بالمسمى وابقاؤه على ما كان أولى اذ لا فائدة في نقض العقد واعادته على ما كان بخلاف ما اذا غصب أرضا وزرعها حيث يؤمر بالقلع وان كان له نهاية لان ابتداء فعله وقع ظلما والظلم يجب اعدامه لا تقريره والمستعير كالمستأجر حتى اذا رجع المعير قبل أن يستحصد الزرع يبقى بأجر المثل الى أن يستحصد دفعا للضرر عنهما ورعاية لحقهما والقياس أن يقلع

في استأجر ثوبا باللبس ولم يعين اللابس لا يجوز لتفاوت الناس في اللبس فان عين اللابس بعد ذلك يجوز استحسانا لما ذكرنا كذا في الذخيرة وجامع قاضيخان اه كاكي (قوله والقياس أن يقلع الخ) وحاصل ذلك أن في حق البناء والغرس اتحد الجواب في الصور الثلاث وهي الاجارة والعارية والغصب حيث يجب عليهما القلع والتسليم فارغا وفي الزرع اختلف الجواب ففي الغصب يلزم القلع على الغاصب في الحال لانه متعد في الزراعة وفي الاجارة يترك الى وقت الادراك استحسانا بأجر المثل وفي العارية المؤقتة وغير المؤقتة لا يأخذها صاحبها الى أن يستحصد الزرع استحسانا لانه ما كان متعديا في الزراعة بجهة العارية ولادراك الزرع نهاية معلومة فيترك قالوا وينبغي أن يترك بأجر المثل كما في الاجارة نظرا للجانبين الكل من المبسوط اه كاكي

(قوله في المتن وان أطلق أركب وألبس من شاء) اعلم أولا أنه اذا استأجر دابة للركوب ولم يسم من يركبه لا تصح الاجارة وكذا اذا استأجر ثوبا للبس ولم يبين من يلبسه وكذا اذا استأجر قدرا للطبخ ولم يسم ما يطبخ فيها وكذا اذا استأجر أرضا للزراعة ولم يسم ما يزرع فيها وقد رويناذلك عن شرح الطحاوي عند قوله ويجوز استئجار الارض للزراعة فبعد ذلك ان قال قائل كيف قال القدوري هنا فان أطلق الركوب جازله أن يركب من شاء قلت المراد من الاطلاق التعميم في الاجارة بدون التقييد بركوب شخص بأن قال آجرتكها على أن تركب من شئت ولهذا قال في شرح الاقطع وهذا الذي ذكره انما يريد به اذا وقع العقد على أن يركب من شاء وذلك لانه اذا أطلق الركوب فعقد الاجارة فاسد لان الركوب يختلف اختلافا كثيرا فصار الركوبان من شخصين كالجنسين فيكون المعقود عليه مجهولا فلا يصح العقد فان قال تركب من شئت صح العقد وان لم يسم شخصا بعينه لانا انما منعنا من صحته لما لحق المالك الضرر الذي يحصل في بعض الركوب فاذا رضي به صار المعقود عليه معلوما فجاز كما في الارض اذا قال على أن يزرع فيها ما شاء فاذا فسدت الاجارة في اطلاق الركوب واستعملها فبل الفسخ يعين أول الراكب وكذا في الثوب ونحوه اه اتقاني (قوله أو بان يشترط أن يفعل ما شاء الخ) ولو استأجر قميصا ليلبسه الى الليل فوضعه في منزله حتى جاء الليل فعليه الاجر كاملا لان صاحبه مكنه من استيفاء المعقود عليه بتسليم الثوب اليه وما زاد على ذلك ليس في وسعه وليس له أن يلبسه بعد ذلك لان العقد انتهى بمضي المدة والاذن في اللبس كان بحكم العقد اه بدائع ومنها لو استأجر دابة ليركبها الى موضع عينه فركبها الى مكان آخر ضمن اذا هلكت وان كان الثاني أقرب من الاول لانه صار مخالفا لاختلاف الطرق الى المكان فكان بمنزلة اختلاف الجنس ولا أجرة عليه لما قلنا ولو ركبها الى ذلك المكان الذي عينه لكن من طريق آخر ينظر ان كان الناس يسلكون ذلك الطريق لم يضمن لانه لم يصر مخالفا وان كانوا لا يسلكونه يضمن اذا هلكت لانه يصير مخالفا غاصبا بسلوكه وان لم يهلك وبلغ الموضع المعلوم ثم رجع وسلم الدابة الى صاحبها فعليه الاجر اه (قوله لانه استوفى المنفعة بحكم عقد فاسد) ووجوب المسمى باعتبار صحة التسمية ولا تصح التسمية مع فساد العقد اه

في الصور كلها لان الارض ملكه فلا تؤجر بغير اذنه كما في البناء والغرس ووجه الاستحسان وهو الفرق بين البناء والغرس وبين الزرع قد بناه قال رحمه الله (الا أن يغرم له المؤجر قيمته مقلوعا ويتملكه) يعني عند مضي المدة يجب عليه قلع البناء والغرس على ما بيناه الا أن يغرم له المؤجر قيمة البناء أو قيمة الغرس مقلوعا هذا اذا كانت الارض تنقص بالقلع لان الواجب دفع الضرر عنهما فاذا كانت أرضه تنقص بالقلع تضرر به فكان له دفع هذا الضرر بدفع القيمة الى المستأجر وينفرد به لان المستأجر لا يتضرر بذلك اذ الكلام في مستحق القلع والقيمة تقوم مقامه وان كانت الارض لا تنقص بالقلع وأراد أن يضمن له قيمته ويكون له البناء فليس له ذلك الا برضا صاحبه لاستوائهما في ثبوت الملك وعدم ترجح أحدهما على الآخر فلا بد من اتفاقهما في الترك بخلاف القلع حيث ينفرد به أحدهما في هذه الحالة دون الآخر على ما بيناه في العارية قال رحمه الله (أو يرضى بتركه ويكون البناء والغرس لهذا والارض لهذا) لان الحق لرب الارض فاذا رضي باستمراره على ما كان بأجر أو بغير أجر كان له ذلك قال رحمه الله (والرطبة كالشجر) لان الرطبة لا نهاية لها كالشجر فتقلع عند انتهاء مدة الاجارة كما يقلع الشجر قال رحمه الله (والزرع يترك بأجر المثل الى أن يدرك) أي يترك الزرع بأجر المثل اذا انقضت مدة الاجارة قبل ادراكه لان له نهاية معلومة وقد ذكرناه ونظائره والفرق بينه وبين البناء والغرس آنفا قال رحمه الله (والدابة للركوب والحمل والثوب للبس) يعني يجوز استئجار هذه الاشياء لما ذكرنا لان لها منافع معلومة ويعتاد استئجارها فجاز كسائر الاعيان المعهودة قال رحمه الله (وان أطلق أركب وألبس من شاء) أي ان أطلق له الركوب أو اللبس جاز أن يركب الدابة ويلبس الثوب والمراد بالاطلاق أن يقول على أن يركبها من شاء أو يلبس الثوب من شاء لانه يختلف باختلاف الراكب واللابس فلا يجوز الا بالتعيين أو بأن يشترط أن يفعل ما شاء على نحو ما ذكرنا في الزراعة اذ كل واحد منهما يختلف فلا فرق بينهما وهذا لان الركوب والحمل واللبس يختلف كل واحد منها اختلافا فاحشا فاذا لم يعين له فيها وخالف يضمن اذا هلكت العين ولا أجر له كما في الزراعة وذكر هذا اللفظ في المبسوط وفي الذخيرة وشرح الطحاوي والنهاية وذكر التأويل الذي ذكرناه في الكافي وفي الخلاصة ولو لم يبين ولم يقل أن يفعل فيها ما يشاء فسدت الاجارة للجهالة فلو أركبها أو ركب بنفسه أو ألبس أو لبس وجب عليه المسمى استحسانا وفي القياس عليه أجر المثل لانه استوفى المنفعة بحكم عقد فاسد ووجه الاستحسان أن المفسد وهو الجهالة التي تفضي الى المنازعة قد زال فيزول الفساد لانا نجعل التعيين في الانتهاء كالتعيين في الابتداء ولا ضمان عليه اذا هلكت العين لانه غير متعد لعدم المخالفة سواء لبس بنفسه أو ألبس غيره بخلاف ما اذا عين له من يلبس ومن يركب فألبس أو أركب غيره حيث يضمن لانه صار مخالفا ولو قال على أن يركب أو يلبس من شاء فأركب غيره أو ركب بنفسه ليس له أن يركب أو يلبس غيره لانه تعين مراده من الاصل فصار كأنه نص عليه من الابتداء ذكره في الكافي قال رحمه الله (وان قيد براكب ولابس تخالف ضمن) لان التقييد مفيد

(قوله لتفاوت الناس في الركوب) أي في العلم بالركوب فرب خفيف يكون ركوبه أضر على الدابة لجهله ورب ثقيل لا يضر ركوبه بالدابة لعلمه اه اتقاني (قوله فيضمن) أي اذا عطب وان سلم لم يجب الاجر أيضا وفي الحانوت ليس له أن يقعد فيه القصار والحداد والطحان ولو أقعد صار مخالفا ويضمن قيمته اذا عطب وان سلم تجب عليه الاجرة لانه لما سلم تبين أنه لم يخالف وأنه مما لا يوهن الدار ولا يشبه الدابة والثوب كذا في شرح الطحاوي اه اتقاني قوله وان سلم تجب الاجرة أي استحسانا لا قياسا كما قرره الشارح في الورقة الماضية والله الموفق اه (قوله وعند أبي يوسف هو كاللبس) فلو استأجر فسطاطا ودفعه الى غيره اجارة أو اعارة فنصبه وسكن فيه فهلك ضمنه عنده اه (قوله كالشعير والسمسم) قال بعضهم فيه لف ونشر يرجع قوله كالشعير الى مثل الحنطة في الضرر ويرجع قوله والسمسم الى قوله أقل وليس ذلك بشيء لان الشعير ليس مثل الحنطة بل أخف منها ولهذا الوشرط أن يحمل عليها مائة رطل من الشعير فحمل عليها مائة رطل من الحنطة ضمن اذا عطبت (١١٦) فلو كان مثلا لها لم يضمن كما لو شرط أن يحمل عليها حنطة زيد فحمل عليها حنطة عمرو بذلك الكيل لم يضمن بل قوله كالشعير والسمسم جميعا نظير قوله أقل والاصل هنا ما ذكره القدوري في شرحه لمختصر الكرخي أن من استحق منفعة متعددة بالعقد فاستوفى تلك المنفعة أو مثلها أو أقل منها جاز وان استوفى أكثر منها لم يجز وذلك لان التعيين في العقود يجب حكمه اذا كان له فيه فائدة واذا لم يكن له فيه فائدة سقط التعيين ألا ترى أنه لو استأجرها ليحمل عليها قفيزا من حنطة زيد فحمل عليها قفيزا من حنطة عمرو وهما متساويان في الصفة جاز لان الضرر على الدابة واحد فاذا استأجرها ليحمل عليها حنطة فحمل عليها مكيلا آخر ثقل كثقل الحنطة وضرره كضررها جاز لانه استوفى مثل ما سماه وكذلك لو استأجر أرضا ليزرع فيها نوعا سماه فزرع غيره وهما متساويان في الضرر بالارض فان استأجرها ليحمل عليها قفيزا من حنطة فحمل عليها قفيزا من شعير جاز لان الشعير أقل ضررا من الحنطة فقد استوفى أقل مما شرط وعلى هذا اذا استأجر أرضا ليزرع فيها نوعا فزرع نوعا آخر ضرره أقل من المسمى فان استأجرها ليحمل عليها قفيزا من شعير فحمل عليها قفيزا من حنطة ضمن لانه أكثر مما شرطه واستحق المنفعة استحقاق لما دونها وليس باستحقاق لما زاد عليها وأما ما تختلف منفعته لا للثقل لكن استأجر دابة ليحمل عليها مائة من قطن فحمل عليها مثل وزنه حديدا أو أقل ضمن لان الضرر ههنا ليس للثقل لكن للجنس ألا ترى أن القطن ينبسط على ظهرها والحديد يجتمع في مكان واحد وعلى هذا اذا استأجرها ليركبها هو فركبها من هو مثله في الثقل أو أخف ضمن لان اختلاف الراكب ليس هو بالثقل وانما هو بالحذق في الركوب ألا ترى أن ثقيل البدن الذي يحسن الركوب لا يضر بالدابة والخفيف الذي لا يحسن الركوب يضربها كذا ذكر القدوري في شرحه اه اتقاني (قوله فان كان أضر عليها الخ) ولو خالف في القدر بان قال عشرة مخاتيم حنطة فحمل خمسة عشر مختوما فهلك يضمن ثلث قيمتها لان في مقدار عشرة مخاتيم موافق لانه حمل بالاذن وفيما زاد بغير الاذن فيعتبر الجزء بالكل ويتوزع الضمان على ذلك اه درية

لتفاوت الناس في الركوب واللبس فيعتبر فاذا خالف صار متعديا فيضمن قال رحمه الله (ومثله ما يختلف بالمستعمل) أي يضمن مثله في كل شيء يختلف باختلاف المستعمل اذا كان مقيدا وخالف لما ذكرنا من المعنى قال رحمه الله (وفيما لا يختلف به بطل تقييده كما لو شرط سكنى واحد له أن يسكن غيره) يعني فيما لا يختلف باختلاف المستعمل كالدور للسكنى لا يعتبر تقييده حتى اذا شرط سكنى رجل بعينه في الدار له أن يسكن غيره لان التقييد لا يفيد لعدم التفاوت وما يضر بالبناء كالحدادة ونحوها خارج بدلالة العادة على ما مر والفسطاط كالدار عند محمد رحمه الله لانه للسكنى مثل الدار وعند أبي يوسف رحمه الله هو كاللبس لاختلاف الناس في نصبه وضرب أوتاده واختيار مكانه قال رحمه الله (وان سمى نوعا وقدرا كخمسة برله حمل مثله وأخف لا أضر كالملح) يعني لو سمى نوعا وقدرا يحمله على الدابة مثل كر من برّ فله أن يحمل عليها ما هو مثله وأخف منه في الضرر كالشعير والسمسم وليس له أن يحمل عليها ما هو أضر منه كالملح لانه اذا رضي بشيء يكون راضيا بكل ما هو مثله أو دونه دلالة دون ما هو أضر منه والقياس أن يضمن بالحمل عليها خلاف الجنس كيفما كان لانه تصرف بالامر فليس له أن يخالف ألا ترى أن الوكيل بالبيع بألف درهم لو باع بألف دينار لا ينفذ بيعه وجه الاستحسان أن التقييد انما يعتبر أن لو كان مفيدا ولا فائدة في هذه المسئلة في التقييد بكر حنطة ومنع كر من شعير بل الشعير أخف منه فكان أولى بالجواز حتى لو سمى مقدارا من الحنطة فحمل عليها من الشعير مثل ذلك الوزن ضمن لان للتقييد به فائدة لان الشعير يأخذ من ظهر الدابة أكثر مما تأخذه الحنطة فصار كما لو حمل عليها مثل وزنه تبنا هكذا ذكره في النهاية وعزاه الى المبسوط ثم قال ذكر شيخ الاسلام في مبسوطه أنه لا يضمن استحسانا وقال وهو الاصح لان ضرر الشعير في حق الدابة عند استوائهما وزنا أخف من ضرر الحنطة لانه يأخذ من ظهر الدابة أكثر مما تأخذه الحنطة فيكون أخف عليها بالانبساط قال وبه كان يفتي الصدر الشهيد ولو حمل عليها مثل وزن الحنطة حديدا أو ملحا أو آجرا يضمن لانه يجتمع في مكان واحد من ظهرها فيضرها أكثر وكذا اذا حمل عليها مثل وزن الحنطة قطنا يضمن لانه يأخذ من ظهر الدابة أكثر من الحنطة وفيه حرارة أيضا فكان أضر عليها من الحنطة فصار كما اذا حمل عليها تبنا أو حطبا فحاصله أن الشيئين متى كان

(قوله في المتن وان عطبت بالارداف ضمن النصف) أي سواء كان أخف أو أثقل اه اتقاني فان قيل ينبغي أن يضمن كل القيمة لانه كما لو استأجرها ليركبها بنفسه وفي مثله لو أركب غيره يجب عليه ضمان كل القيمة وههنا وجد إركاب الغير مع ركوب نفسه فركوبه بنفسه ان لم يوجب عليه زيادة ضمان على ضمان الاركاب ينبغي أن لا يوجب نقصان ضمان منه وكذا ينبغي أن لا يجب عليه الاجر لان الاجر مع الضمان لا يجتمعان وههنا يجب عليه نصف الضمان فينبغي أن لا يجب عليه نصف الاجر قلنا انما ينتفي الاجر عند وجود الضمان اذا ملكه بالضمان بطريق الغصب لانه لا أجر في ملكه وههنا لم يملك بهذا الضمان شيء مما شغله بركوب نفسه وجميع المسمى بمقابلة ذلك وانما يضمن ما شغله غيره ولا أجر بمقابلة ذلك ليسقط عنه لما بينا أن الضرر في الدابة ليس من قبيل ثقل الراكب وخفته فلهذا توزع الضمان نصفين وهذا هو الجواب عما سأل بقوله فان قيل قد تقرر عليه ضمان نصف القيمة وقد ملك نصف الدابة من حين ضمن فينبغي ان لا يلزمه نصف الاجر والجواب عن قوله وفي مثله لو أركب غيره يجب ضمان كل القيمة أنه اذا أركب غيره فهو مخالف في الكل واذا ركبها بنفسه فهو موافق فيما شغله بنفسه مخالف فيما شغله بغيره اه دراية (قوله لان الدابة لا تتلف بالثقل) بل بالجهل بالركوب اه غاية (قوله فتعلق الحكم بالعدد) أي عدد الراكب اه وكتب ما نصه الا ان ركوب أحدهما مأذون فيه وركوب الآخر ليس بمأذون فيه فيضمن النصف اه اتقاني وكتب أيضا ما نصه قال الولوالجي بخلاف ما اذا حمل مع نفسه متاعا فهلكت فانه يضمن بقدر ما زاد من الثقل وذلك لان المعتبر في الامتعة الثقل فيضمن بقدر ما زاد من الثقل وليس تفسير ذلك أن يوزن الرجل والمحمول حتى يعرف قدر ما زاد على ركوبه لان الرجال لا تعرف بالقبان وانما يعرف بالرجوع الى أهل المعرفة في هذا (١١٧) الباب فيسئلون أن هذا الحمل بأي قدر يزيد على ركوبه في الثقل لكن هذا اذا لم يركب على الحمل فأما اذا ركب على الحمل يضمن جميع القيمة لانه يجتمع ثقل الحمل والراكب في مكان واحد فيصير أدق للدابة اه (قوله كالجناة في باب الجنايات) الجناة جمع الجاني كالبغاة جمع الباغي والقضاة جمع القاضي اه وكتب ما نصه قال الاتقاني فيعتبر عدد الراكب ولا يعتبر الثقل والخفة كما لا يعتبر في الجراحة كثرتها وقلتها بل يعتبر عدد الجناة حتى اذا جرح أحدهما جراحة واحدة والآخر سبع جراحات كان الضمان عليهما أنصافا اه يعني اذا جرح واحد انسانا جراحة واحدة خطأ والآخر جراحتين أو أكثر خطأ فمات المجروح من ذلك فالدية عليهما أنصافا فكذا هنا يعتبر عدد من ركب لا الثقل اه اتقاني (قوله ضمن جميع قيمتها) لانه تعمد اتلافها اه ولا أجر عليه اه اتقاني (قوله ذكره في الكافي) أي وكذا ذكره في البدائع اه (قوله اذا هلكت بعد ما بلغت مقصده) أي لما بينا أنه وجب مقابلا بالمنافع وقد حصلت مستوفاة اه ق (قوله ثم للمالك الخيار الخ) عزاه الاتقاني للذخيرة اه وكتب على قوله ثم للمالك الخيار ما نصه في التضمين اه اتقاني وكتب أيضا ما نصه وهذا اذا أردفه حتى صار الاجنبي كالتابع له فأما اذا أقعده في السرج صار غاصبا ولم يجب عليه شيء من الاجر لانه رفع يده عن الدابة وأوقعها في يد متعدية فصار ضامنا والاجر لا يجامع الضمان الى هنا لفظ شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي اه ق (قوله وان شاء الراكب) أي وهو المستأجر اه (قوله والرديف يرجع) أي على الراكب اه (قوله والا) أي بأن كان مستعيرا اه (قوله في المتن وبالزيادة الخ) قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي رحمه الله في شرح الكافي الذي هو مبسوطه فاذا استأجرها ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة له فله أن يحمل عليها مثل ذلك من حنطة غيره لان هذا لا يتفاوت في حق الحمل وان حمل عليها أحد عشر مختوما من حنطة فبلغت المكان الذي سماه ثم عطبت من ذلك فعليه الكراء كاملا وعليه جزء من أحد عشر جزءا من قيمة الدابة بقدر ما زاد عليها لان التلف حصل بفعل الكل وبعضه مأذون وبعضه غير مأذون فيسقط حصة الحمل المأذون ويجب حصة الباقي ولان كل جزء

في كل واحد منهما ضرر فوق ضرر الآخر من وجه لا يستفاد من الاذن في أحدهما الاذن في الآخر وان كان هو أخف ضررا من وجه آخر قال رحمه الله (وان عطبت بالارداف ضمن النصف) ولا معتبر بالثقل لان الدابة قد يعقرها الراكب الخفيف ويخف عليها ركوب الثقيل لعلمه بالفروسية ولان الآدمي غير موزون فلا يمكن معرفته بالوزن فتعلق الحكم بالعدد كالجناة في باب الجنايات هذا اذا كانت الدابة بحيث تطيق حمل الاثنين وان كانت لا تطيق ضمن جميع قيمتها ذكره في الكافي قالوا هذا اذا كان الرديف يستمسك بنفسه وأما اذا كان صغيرا لا يستمسك بنفسه يضمن بقدر ثقله وقال في النهاية وقوله عطبت بالارداف تقييده به احتراز عما اذا حمله الراكب على عاتقه فانه يضمن جميع القيمة لان ثقل الراكب مع الذي حمله على عاتقه يجتمعان في مكان واحد فيكون أشق على الدابة ذكره في النهاية وقال يضمن جميع القيمة وان كانت الدابة تطيق حملهما ثم ذكر في المختصر أنه يضمن نصف القيمة ولم يذكر كم يجب عليه من الاجر قال في النهاية وفي المحيط أنه يجب عليه جميع الاجرة اذا هلكت بعد ما بلغت مقصده (١) ونصف القيمة ثم للمالك الخيار ان شاء ضمن الرديف وان شاء الراكب فالراكب لا يرجع بما ضمن والرديف يرجع ان كان مستأجرا والا فلا قال رحمه الله (وبالزيادة على الحمل المسمى ما زاد) أي

(١) قول الشارح ونصف القيمة هكذا في النسخ وعبارة العيني ونصفها أي الاجرة اذا كان قبله اه كتبه مصححه

من أجزاء الثقل لا يصلح علة بنفسه وانما يصلح عند الاجتماع وعند الاجتماع صار الكل علة واحدة فيتوزع الضمان على أجزائها بخلاف الجراحات لان كل واحدة بانفرادها تصلح علة وقد ذكرنا في الجنايات أن صاحب العلة وصاحب العال سواء في الحكم كالموجرح أحدهما سبع جراحات وجرح الآخر جراحة واحدة ومات كان الضمان عليهما انصافا وقال ابن أبي ليلى عليه قيمتها ناما ولا أجر عليه وقال في تتمة الفتاوى استكرى دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فحمل في الجوالق عشرين مختوما وأمر المكاري أن يحمل هو عليها فحمل هو ولم يشاركه المستكري في الحمل لا ضمان عليه أصلا اذا هلكت الدابة ولو حملا جميعا يعني المكاري والمستكري ووضعاه على الدابة يضمن المستكري ربع القيمة وان كانت الحنطة في الجوالقين فحمل كل واحد منهما جوالقا وضعاهما على الدابة جميعا لا يضمن المستأجر شيأ ويحمل حمل المستأجر بما كان مستحقا بالعقد والثقل بكسر الثاء وفتح القاف خلاف الخفة والثقل بكسر الثاء وسكون القاف الحمل والثقل بفتحتين متاع المسافر واثقاله (١١٨) للبدن والانس الثقلان لانهما فاطان الارض فكأنهما ثقلاها اه اتقاني (قوله

اذا استأجرها ليحمل عليها شيأ مقدرا فحمل عليها أكثر منه فعطبت يضمن ما زاد الثقل لانها هلكت بمأذون فيه وغير مأذون والسبب الثقل فانقسم عليهما الا اذا كانت الدابة لا تطيق مثله فيجب عليه جميع قيمتها لعدم الاذن فيه فيكون اهلاكا أوجب الضمان هنا بحساب الزيادة اذا كانت الدابة تطيق ذلك وان حمل عليها جنسا آخر غير المسمى أوجب جميع القيمة وكذا لو استأجر ثورا ليحمل حنطة مقدرة فزاد لم يوجب بحساب الزيادة بل أوجب جميع القيمة لان الدابة هلكت بغير المأذون فيه فيهما فيجب عليه جميع القيمة وفيما اذا زاد عليهما من جنس المأذون فيه هلكت بالجموع فتسقط حصة المأذون ويجب بقدر ما تعدى حتى لو حملها المسمى وحده ثم حملها الزيادة وحدها فعطبت يضمن جميع قيمتها لانها هلكت بالزيادة وحدها قال رحمه الله (وبالضرب والكبح) أي يضمن بهما اذا هلكت وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمن اذا فعل فعلا معتادا لان المتعارف يدخل تحت المطلق فكانت هالكة بمأذون فيه ولابي حنيفة رحمه الله أن الاذن مقيد بشرط السلامة اذ السوق يتحقق بدونه وانما يضرب للمبالغة فصار كضرب الزوجة والمرور على الطريق بخلاف ضرب القاضي الحد أو التعزير أو فصد الفصاد حيث لا يضمن اذا هلك به لان الحد والتعزير واجب عليه وكذا الفصد لالتزامه بعقد الاجارة والضمان لا يجب بالواجب وهذا بخلاف ما اذا ضرب العبد المستأجر حيث يضمن بالاتفاق والعذر لهما أنه يؤمر وينهى لفهمه فلا ضرورة الى الضرب وعلى هذا الخلاف المذكور ضرب الاب والوصي الصغير اذا لم يتجاوز ضرب مثله للتأديب حتى تجب الدية والكفارة عنده وعندهما لا تجب الدية لان الضرب لاصلاح الصغير فكان معينا به اذ منفعته عائدة عليه وهو مأجور عليه فصار كضرب المعلم اياه بل أولى لان المعلم ليس له ولاية الضرب وانما استفيد منه بخلاف الزوج يضرب امرأته لانه مطلق له لمنفعة نفسه فصار كالرمي الى الصيد فيشترط فيه السلامة ولابي حنيفة رحمه الله أن منفعة الصغير كالواقع له لقيام البعضية بينهما ألا ترى أن شهادته له جعلت كشهادته لنفسه ووضع الزكاة فيه كوضعه في نفسه بخلاف ضرب المعلم باذن الاب لان الاذن بالضرب صح من الاب لما فيه من ولاية ضربه تأديبا واذا صح كان المعلم معينا للاب اذ لا منفعة للمعلم فيه ولا ضمان على المعين ولا ضمان على الاب أيضا فيما

يضمن الخ) هذا اذا حمل الأكثر دفعة واحدة أما اذا حمل المسمى ثم حمل الزيادة فهلكت يضمن جميع قيمتها كما في مسئلة الطحين اه كاكي قوله يضمن جميع قيمتها أي ويستفاد هذا من قول المصنف رحمه الله حتى لو حملها المسمى وحده الخ اه (قوله ما زاد الثقل) أي وعليه الاجر لانه حمل المعقود عليه ولا أجر في الزيادة لانها استوفيت من غير عقد اه بدائع (قوله مقدرة) أي كعشرة مخاتيم مثلا اه (قوله فزاد) أي بأن طحن أحد عشر مختوما مثلا اه (قوله لان الدابة هلكت الخ) لما أن الطحن يكون شيأ فشيأ فكما طحن عشرة مخاتيم انتهى اذن المالك فيه وذلك هو في الطحن بخلاف في جميع الدابة مستعمل لها بغير اذن مالكها فيضمن جميعها أما الحمل فيكون جملة واحدة فهو في البعض مستعمل ضرب

بالاذن وفي البعض بخلافه فيتوزع الضمان كذا في المبسوط اه درارية (قوله في المتن والكبح) يقال كبحه باللجام اذا رددته به كذا في الجمهرة اه (قوله وقالا لا يضمن) أي استحسانا اه اتقاني وكتب على قوله وقالا لا يضمن ما نصه أي وبه قال الشافعي ومالك وأحمد واسحق وأبو ثور اه كاكي ونقل في التتمة عن باب ميراث القاتل من فرائض شمس الائمة السرخسي رحمه الله الاصح أن أبا حنيفة رجع الى قولهما اه اتقاني (قوله فصار كضرب المعلم اياه) قال في الفتاوى الصغرى معلم ضرب الصبي باذن الاب أو الوصي لم يضمن وهما لو ضربا يضمنان في اجارة العيون وفي القدوري المعلم أو الاستاذ اذا ضرب الصبي بغير اذن الاب أو الوصي ضمنا ولو ضربا باذنهما لا يضمنان والاب أو الوصي اذا ضربه للتأديب فمات ضمنا عند أبي حنيفة خلافا لهما اه اتقاني وكتب ما نصه قال الاتقاني رحمه الله وقال في الفتاوى الصغرى أيضا قال أبو سليمان اذا ضرب ابنه على تعليم القرآن أو الادب فمات قال أبو حنيفة تجب الدية ولا يرثه وقال أبو يوسف لا شيء عليه ويرثه ولو ضرب امرأته على المضجع فماتت يضمن ولا يرثها في قولهما لانه ضربها لمنفعة نفسه بخلاف الاب مع الابن

(قوله فحينئذ يضمن الزيادة) قال الحاكم الشهيد في مختصره المسمى بالكافي ولو تكارى حمارا عريانا فأسرجه وركبه فهو ضامن له وقال الكرخي في مختصره ولو اكترى حمارا عريانا فأسرجه ثم ركبه كان ضامنا قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي وهذا اذا كان حمارا لا يسرج مثله عادة أما اذا كان يسرج ويركب بالسرج فلا ضمان عليه لان المقصود هو الركوب والسرج آلة له فلا يختلف بوضع السرج عليه وقال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي وقد فصل (١١٩) أصحابنا هذا وقالوا اذا استأجره ليركب الى خارج المصر لم يضمن لان الحمار لا يركب من بلد الى بلد بغير سرج ولا اكاف فلما آجره كذلك فقد أذن له من طريق المعنى وقالوا وان استأجره ليركبه في المصر وهو من ذوي الهيآت فله أن يسرجه لان مثله لا يركب من غير سرج وان كان من دون الناس فأسرجه ضمن لان مثله يركب في البلد من غير سرج والسرج أثقل على الدابة ثم اذا ضمن يضمن جميع القيمة أو بقدر ما زاد قال فخر الدين قاضيخان في شرح الجامع الصغير اختلفوا فيه والصحيح أنه يضمن جميع القيمة لانه ذكر الضمان مطلقا فينصرف الى الكل وانما كان كذلك لانه خالف صورة ومعنى أما صورة فظاهر لانه أذن له أن يركبها عريانا وقد ركب مع السرج وأما معنى فلان الركوب على السرج أضر على الدابة لان ثقل الراكب والسرج يجتمع في مكان واحد قلت ينبغي أن يكون الاصح ضمان قدر الزيادة لانه استأجره عريانا فأسرجه فكان السرج كالحمل الزائد على الركوب ألا ترى أنه ذكر في الاصل اذا استأجر دابة ليركبها الى مكان معلوم فركب وحمل معه حملا يضمن قدر الزيادة وان عطبت فكذا هذا لان السرج صار كزيادة الحمل وقال الكرخي في مختصره وان لم يكن عليه لجام فألجمه فلا ضمان عليه اذا كان مثله يلجم بذلك اللجام وكذلك اذا بدله وذلك لان الحمار لا يختلف باللجام وغيره ولا يتلف به فلم يضمن بالتمامه اه اتقاني (قوله وقالا الاكاف كالسرج حتى لا يضمن اذا كان بمثله توكف الحمر الا اذا كان زائدا) كتب على قوله وقالا ما نصه قال في العيون والفتوى على قولهما اه حقائق (قوله وقيل يعتبر بالوزن) أي حتى اذا كان السرج منوين والاكاف ستة أمناء يضمن ثلثي قيمتها اه حقائق

ضرب المعلم لان ما رأى من التأديب لم يصر منقولا اليه لان يصح بقدر ما يملك والزائد من المعلم وهو نظير ما لو رجع شهود الزنا بعد ما جرحته السياط لا يضمن الامام لانه معين ولا يضمن الشهود لان الجرح لم يجب بشهادتهم قال رحمه الله (ونزع السرج والايكاف أو الاسراج بما لا يسرج بمثله) معناه لو اكترى حمارا بسرج فنزع السرج وأسرجه بسرج لا يسرج بمثله الحمر أو أوكفه ضمن جميع قيمته لان الاذن لم يتناول ما لا يسرج بمثله الحمر ولا خلاف في جنس السرج فيكون متعديا بالاسراج والايكاف فيضمن جميع قيمته وان أسرجه بسرج تسرج بمثله الحمر لا يضمن لان الاذن قد تناوله اذ لا فائدة في التقييد بالمعين الا اذا كان زائدا في الوزن فحينئذ يضمن الزيادة بحسابه وقالا الاكاف كالسرج حتى لا يضمن اذا كان بمثله توكف الحمر الا اذا كان زائدا على السرج الذي كان عليه فيضمن الزيادة بحسابه كما في السرج لانه هو والسرج سواء فاذا رضي بالسرج يكون راضيا بمثله من الاكاف وجوابه ما ذكرنا أن الجنس مختلف لان الاكاف للحمل والسرج للركوب وكذا ينبسط أحدهما على ظهر الدابة ما لا ينبسطه الآخر فصار نظير اختلاف الحنطة والحديد وقال في النهاية ذكر هذه المسئلة في الاجارات فقال يضمن بقدر ما زاد وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ثم قال من مشايخنا من قال ليس في المسئلة اختلاف الروايتين عن أبي حنيفة رضي الله عنه لانه لم يذكر في الجامع الصغير أنه ضامن لجميع القيمة ولكنه قال هو ضامن ولم يبين قدر ما يضمن فكان المطلق محمولا على القدر ومنهم من قال عن أبي حنيفة رحمه الله روايتان في رواية الاجارات يضمن بقدر ما زاد وفي رواية هذا الكتاب يضمن جميع القيمة قال شيخ الاسلام وهو الاصح وتكلموا على معنى قولهما انه يضمن بحسابه وهو احدى الروايتين عن أبي حنيفة رضي الله عنه فمنهم من قال انه مقدر بالمساحة حتى اذا كان السرج يأخذ من ظهر الدابة قدر شبرين والاكاف قدر أربعة أشبار فيضمن بحسابه وقيل يعتبر بالوزن قال رحمه الله (وسلوك طريق غير ما عينه وتفاوتا) أي يجب الضمان اذا عين للمكاري طريقا وسلك هو غيره وكان بينهما تفاوت بأن كان المسلوك أوعر أو أبعد أو أخوف بحيث لا يسلك لان التقييد صحيح لكونه مفيدا فاذا خالف فقد تعدى فيضمن قيمته ان هلك وان لم يهلك وبلغ فله الاجر استحسانا لارتفاع الخلاف ولا يلزم اجتماع الاجرة والضمان لانهما في حالتين لانه على تقدير السلامة يجب الاجر وعلى تقدير التلف يجب الضمان والمحظور اجتماعهما في حالة واحدة ونظيره العبد المحجور عليه اذا آجر نفسه فان تلف في العمل يجب على المستأجر الضمان وان سلم وجب عليه الاجر وان كان يسلكه الناس وهلك المتاع فلا ضمان عليه لان الظاهر فيما يسلكه الناس عدم التفاوت وقال في الكافي والهداية هذا اذا لم يكن بين الطريقين تفاوت لانه عند عدم التفاوت لا يصح التعيين لعدم الفائدة أما اذا كان بينهما تفاوت يضمن لصحة التقييد فجعلاه كالطريق الذي لا يسلكه الناس قال رحمه الله (وحمله في البحر الكل وان بلغ فله الاجر) أي يضمن جميع قيمته بحمله في البحر ان هلك القماش وان سلم فله الاجر وقوله الكل عائد على المسائل التي تقدمت كلها من عند قوله وبالضرب والكبح الى هنا لان الواجب في جميعها جميع القيمة

(قوله وانما ضمن فيما اذا حمله في البحر) (١٢٠) قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله في اواخر كتاب الشروط من مبسوطه ولو استأجره لحمله بنفسه فحمله على دوابه أو عبيده أو على غيرهم وذهب معه حتى بلغه ذلك المكان فله الاجر استحسانا لحصول المقصود لان المقصود حمل الطعام وقد أوفاه كما التزم وليس هو مخالفا لانه مافارق الطعام حين ذهب معه ولا أخرجه من يده فلا يكون مخالفا وكذلك ان اشترط له طريقا فحمله في طريق آخر لان المقصود حمل الطعام الى المكان المشروط في أي الطريقين حمله وان حمله في البحر ضمنه ان غرق لانه عرضه للتلف فان الغالب من حال راكب البحر أنه على شرف الهلاك مع ما معه وان سلم فله الاجر استحسانا وهو بمنزلة مالو كان الى ذلك الموضع طريقان أحدهما أمن والآخر مخوف فحمله في الطريق المخوف فان تلف كان ضامنا وان سلم يستحق الاجر استحسانا فكذلك هنا لان البحر بمنزلة الطريق المخوف ولهذا لم يكن للمودع أن يسافر بالوديعة في طريق البحر كما ليس له أن يسافر بها في الطريق المخوف اه

(قوله بان يضرب له شبها) قال في المصباح الشبه بفتحتين مايشبه الذهب في لونه وهو نحاس أحمر يضاف اليه أشياء ويسبك معها فيكتسب لون الذهب والشبه أيضا والشبيه مثل كريم والشبه مثل حمل المشابه اه

وانما ضمن فيما اذا حمله في البحر لان التفاوت فيه فاحش ولهذا ليس للمودع أن يسافر بالوديعة في البحر ولو سلم يجب المسمى استحسانا لحصول المقصود وارتفاع الخلاف قال رحمه الله (وبزرع رطبة وأذن بالبر ماتقص) أي اذا أذن له أن يزرع الارض حنطة يجب عليه ضمان نقصان الارض بزرع الرطبة لان الرطبة أكثر ضررا بالارض من الحنطة لانتشار عروقها فيها وكثرة الحاجة الى سقيها فكان خلافا الى شر مع اختلاف الجنس فيجب عليه جميع النقصان بخلاف ما اذا استأجر دابة للركوب أو للحمل فاردف معه غيره أو زاد على المحمول على قدر المسمى حيث يجب عليه من الضمان بحسابه لانها تلفت بما هو مأذون فيه وغير مأذون فيه فيجب عليه بقدر ما تعدى وهذا لانه استوفى المشروط وزاد فيجب عليه بسبب الزيادة الضمان وهنا لا يمكن أن يجعل مستوفيا لمنفعة الارض بقدر زراعة الحنطة ثم زاد عليه لان الجنس مختلف وانما يعتبر ذلك عند اتحاد الجنس ألا ترى أنه لو استأجر دابة ليحمل عليها حنطة فحمل عليها حديدا أو ملحا مثل وزنه يضمن كل القيمة لما قلنا وهو نظيره قال رحمه الله (ولا أجر) أي لا يجب الاجر لانه لما خالف صار غاصبا واستوفى المنفعة بالغصب ولا تجب الاجرة به وانما تجب بالاستيفاء بعقد الاجارة وهما لا يجتمعان لاستحالة أن يكون الشئ الواحد مأذونا فيه وغير مأذون فيه ولهذا لا يجتمع الضمان والاجرة وان زرع فيها ما هو أقل ضررا من الحنطة لا يجب عليه الضمان ويجب عليه الاجر لانه خلاف الى خير فلا يصير به غاصبا قال رحمه الله (وبخياطة قباء وأمر بقميص قيمة ثوبه وله أخذ القباء ودفع أجر مثله) معناه اذا أمره أن يخيط له ثوبه قميصا يجب عليه ضمان قيمته اذا خاطه قباء وان شاء أخذ القباء ودفع له أجر مثله قيل أراد بالقباء القرطق وهو الذي يلبسه الاتراك المكان القميص وهو ذو طاق واحد وقال ظهير الدين القميص اذا قدم من قبل كان قباء طاق وقباء طاق اذا خيط جانباه كان قميصا وهو المراد بالقرطق لانه يستعمل استعمال القميص والقباء فيثبت له الخيار وفي غيره لا يثبت له الخيار بل يضمنه القيمة حتما وقيل الجواب يجري على اطلاقه في الكل واطلاقه يدل على ذلك ووجهه أن القباء والقميص متقاربان في المنفعة واجزاؤهما واحد وهي الكم والذيل والدخريص وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا خيار لرب الثوب في الكل بل يضمنه قيمة الثوب رواه الحسن عنه لان القباء جنس آخر غير جنس القميص فصار مخالفا من كل وجه فبقي غاصبا محضا ووجه الظاهر أنه قميص من وجه لانه يمكنه سده والانتفاع به انتفاع القميص فصار موافقا من هذا الوجه وهو مخالف من حيث التقطيع والقالب فيميل الى أيهما شاء فان مال الى الخلاف ضمنه قيمته وصار الثوب للخياط وان مال الى الوفاق يأخذ القباء ويعطيه أجر مثله لا يجاوز به المسمى لان صاحب الثوب لم يرض بالمسمى الا مقابلا بخياطة القميص فاذا خالف فات رضاه فلا يجب عليه المسمى والخياط لم يخطه مجانا فيجب عليه أجر مثله لا يجاوز به المسمى لان المنافع لا تتقوم الا بالعقد أو شبهه وليس فيما زاد على المسمى عقد ولا شبهه فلا يتقوم ولا يجب ولهذا المعنى قلنا لو خاطه قميصا مخالفا لما وصفه يجب عليه أجر المثل ولا يجاوز به المسمى ولو خاطه سراويل وقد أمره بالقباء ضمن من غير خيار للتفاوت في المنفعة والهيئة وقيل يخير وهو الاصح لوجود الاتحاد في أصل المنفعة من حيث الستر ودفع الحر والبرد ولوجود الموافقة في نفس الخياطة فصار كما اذا دفع الى رجل نحاسا فأمره بان يضرب له شبها من الاواني فضرب له خلافه فانه يخير فكذا هذا

﴿باب الاجارة الفاسدة﴾

قال

(قوله في المتن يفسد الاجارة الشروط) أي شرط مخالف لموجب العقد كما لو استأجر رحى ماء على أنه إن انقطع ماؤه فالاجر عليه فان موجب العقد أن لا يجب الاجر الا بالتمكن من استيفاء المعقود عليه فكل شرط مخالف لموجب العقد يفسد لان الاجارة بنيت على المضايقة والمماكسة فتفسد بالشرط كالبيع لان اشتراطه يكون سببا للمنازعة ألا ترى أن النكاح لا يفسد بالشرط لما أنه مبني على المسامحة ولا يعلم فيه خلاف اه كاكي (قوله لانها بمنزلة البيع) أي فكل ما أفسد البيع أفسدها وأراد بالشروط شروطا لا يقتضيها العقد لا كل شرط كما في البيع ولهذا اذا استأجر دابة الى بغداد بشرط أن يعطيه الاجر اذا رجع من بغداد صح وليس له المطالبة بالاجر الى أن يرجع الا اذا مات ببغداد فحينئذ له أن يأخذ أجر الذهاب والشروط التي تفسدها كاشتراط تطيين الدار ومرمتها أو تعليق باب عليها أو ادخال جذع في سقفها على المستأجر وكذلك اشتراط كري نهر في الارض أو ضرب مسناة عليها أو حفر بئر فيها أو أن يسرقنها على المستأجر وكذلك اشتراط رد الارض مكروبة كل ذلك يفسد الاجارة لانه جعل هذه الاعمال من جملة الاجر وانها مجهولة غير معلومة وجهالة بعض الاجر توجب جهالة الباقي فتفسد به الاجارة قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره اذا كان ما وقع عليه عقد الاجارة مجهولا في نفسه أو في أجره أو في مدة الاجارة أو في العمل المستأجر عليه فالاجارة فاسدة وكل جهالة تدخل في البيع فتفسده من جهة الجهالة فكذلك هي في الاجارة الى هنا لفظ الكرخي اه اتقاني رحمه الله مع حذف كلام في البين اه (قوله ألا ترى أنها تقال) من الاقالة لا من القول اه اتقاني (قوله مثل أن يسمي دابة) مثال لجهالة المسمى اه (قوله أو يستأجر الدار) مثال لجهالة بعض الاجرة اه (قوله وقالوا اذا استأجر دارا الخ) قال الولوالجي رحمه الله في الكلام على الشروط التي تفسد الاجارة والتي لا تفسد ولو استأجر دارا على أن يسكن وحده كان له أن يسكن غيره لان الناس لا يتفاوتون في السكنى فسكنى غيره لا يضر بالدار وهذا الشرط لا يفسد العقد لانه لا منفعة لاحد العاقدين في هذا الشرط ومثل هذا الشرط لا يوجب فساد

العقد كما لو اشترى ثوبا بشرط أن لا يلبس ولو استأجر دارا على أن لا يسكنها كانت الاجارة فاسدة لان شرطا يمنع موجب العقد فيفسد العقد كما لو باع بشرط أن لا يملك المشتري فرق بين هذا وبين الاول والفرق أن ذلك الشرط مما لا يمنع موجب العقد لانه شرط أن يكون

قال رحمه الله (يفسد الاجارة الشروط) لانها بمنزلة البيع ألا ترى أنها تقال وتفسخ فتفسدها الشروط التي لا يقتضيها العقد كالبيع وهذا لان المنافع بالعقد يكون لها قيمة وتصير به مالا فتعتبر الاجارة بالمعاوضة المالية دون ما سواها من النكاح والخلع والصلح عن دم العمد وأشباهها قال رحمه الله (وله أجر مثل لا يجاوز به المسمى) هذا اذا لم يكن الفساد بجهالة المسمى أو لعدم التسمية وان كان بجهالة المسمى أو لعدم التسمية يجب أجر المثل بالغا ما بلغ وكذا اذا كان بعضه معلوما وبعضه غير معلوم مثل أن يسمي دابة أو ثوبا أو يستأجر الدار أو الحمام على أجرة معلومة بشرط أن يعمرها أو يرمها وقالوا اذا استأجر دارا على أن لا يسكنها المستأجر فسدت الاجارة ويجب عليه ان سكنها أجر المثل بالغا ما بلغ وقال زفر والشافعي يجب أجر المثل بالغا ما بلغ في الكل لان المنافع متقومة عندهما فتجب القيمة بالغة ما بلغت عند

(١٦ — زيلعي خامس) هو القابض وحده فصار كما لو باع بشرط أن يقبضه المشتري وحده اه (قوله ويجب عليه ان سكنها أجر المثل بالغا ما بلغ) فيه نظر وينبغي أن لا يجاوز المسمى لان فساد الاجارة هنا الشرط المذكور وهو عدم السكنى لا لعدم تسمية الاجرة وكلام الولوالجي السابق وغيره يقضي بذلك وقد قال الولوالجي رحمه الله ما نصه فان استأجر دارا كل شهر بعشرة على أن ينزلها هو وأهله على أن يعمرها ويعطي أجر حارسها ونوائبها فالاجارة فاسدة لما ذكرنا وعليه أجر مثلها فما سكن بالغا ما بلغ فرق بين هذا وبين سائر الاجارات الفاسدة فان ثمة لا يجاوز به المسمى والفرق أن في سائر الاجارات الفاسدة المسمى معلوم القدر فأمكننا تقدير القيمة به لان أصل القيمة للمنافع ثبت بالتسمية فيجب تقديرها بالتسمية ما أمكن وقد أمكن أما ههنا بعض المسمى مجهول لان اذا لم يحتج الى العمارة والى الحارس ولم تقع نائبة لا يدري أي قدر يعطيه فكان بعض المسمى مجهولا فلا يمكن تقدير القيمة بجميع المسمى فتجب قيمتها بالغة ما بلغت كما لو كان جميع المسمى مجهولا اه فقول الولوالجي فرق بين هذا وبين سائر الاجارات الفاسدة الخ يشكل على قول الزيلعي بالغا ما بلغ اه

﴿فرع﴾ وفي الحاصل من شرح الطحاوي في الاجارة الفاسدة لا تجب الاجرة اذا لم ينتفع به عندنا وأحمد وعند الشافعي ومالك يجب أجر المثل بالتمكن من الاستيفاء كالصحيح ولو استأجر شيأ ثم آجره قبل قبضه لا يجوز بلا خلاف وفصل يجوز في العقار عند أبي حنيفة وان آجر بعد القبض يجوز بلا خلاف فلو كانت الاجرة الثانية أكثر لا يطيب له الفضل عندنا والثوري والشعبي والنخعي وابن المسيب وأحمد في رواية وقال الشافعي وأحمد وأبو ثور وعطاء والحسن والزهري يطيب لانه ملك المنفعة بعقد الاجارة وقلنا هذا ربح ما لم يضمن وقد نهى النبي عليه السلام عن ذلك اه كاكي وكتب ما نصه لا تجب الاجرة في الاجارة الفاسدة بمجرد التمكن من استيفاء المنفعة وانما تجب بحقيقة الاستيفاء بشرط أن يوجد التسليم الى المستأجر من جهة الآجر في الاجارة الصحيحة تجب الاجرة بمجرد التمكن من الاستيفاء لكن بشرط أن يوجد في المدة في المكان الذي أضيف اليه العقد وعامه في (٢٩) من فصول العمادي اه (قوله وقال زفر والشافعي) أي وبه قال مالك وأحمد اه درية (قوله يجب أجر المثل بالغا ما بلغ في الكل) لانه مال الاجارة بيع المنافع فتعتبر بيع الاعيان

وفي بيع الاعيان اذا فسد تعتبر القيمة بالغة ما بلغت فكذا في بيع المنافع وهو الاجارة اذا فسد يعتبر أجر المثل بالغا ما بلغ اه اتقاني (قوله ولنا أن المنافع غير متقومة بنفسها) أي بحال لانها أعراض لا بقاء لها فكما وجدت تلاشى اه اتقاني (قوله وانما تتقومت بالعقد شرعا الخ) واذا لم تتقوم في أنفسها وجب الرجوع الى ما تقوم العقد به وسقط ما زاد عليه لانه ما رضيا باسقاط ذلك اه اتقاني (قوله لكونه تبعا له) والتبع يثبت بحسب ثبوت الاصل وهذا لان الفاسد مشروع بأصله دون وصفه اه كاكي (قوله لم يوجد) أي اذا كان المسمى أقل يجب المسمى لاتفاقهما عليه فقد أسقطا الزيادة والاسقاط وان كان في ضمن التسمية لكن لا يفسد بفسادها لرضاه بسقوط الزيادة وعدم تقوم المنافع في نفسها فلم يظهر التقوم فيما زاد على ذلك واذا نقص أجر المثل يجب أجر المثل لفساد التسمية اه كاكي (قوله بخلاف المبيع) أي بيعا فاسدا اه (قوله في المتن كل شهر بدرهم الخ) هكذا ذكروه في كل المتون والشروح ولم يتعرضوا لحكم سنة هل هو كذلك أم لا وقد صرح به

في نفقات الخانية على سبيل الاستشهاد حيث قال امرأة قالت لزوجها أنت بريء من نفقتي أبدا ما كنت امرأتك ان لم يكن فرض القاضي عليه النفقة كانت البراءة باطلة لانها أبرأته قبل الوجوب وان كان القاضي فرض عليه النفقة لكل شهر كذا فقالت أنت بريء مني من نفقتي أبدا ما كنت امرأتك صحت البراءة عن نفقة شهر واحد لا غير فلو أبرأته بعد مضي أشهر صحت البراءة عما مضى دون ما بقي كما لو آجر داره كل شهر بكذا أو كل سنة بكذا فمضى بعض السنة أو بعض الشهر صحت البراءة عن الشهر الاول وعن السنة الاولى اه (قوله في المتن صح في شهر فقط) أي وفسد في الباقي اه (قوله الا أن يسمي) أي جملة شهور معلومة اه (قوله وأفراده معلومة) والاصل هنا أن صفة العام اذا لم يمكن اجراؤها على العموم يراد به أخص الخصوص اه اتقاني (قوله لكونه معلوما) فان قيل ينفسخ كما أن الشهر الاول معلوم فكذلك الشهر الثاني معلوم فلم خصصتم الاول بصحة العقد قلنا انما اختص الاول لوجود جزء منه وحصوله بخلاف سائر الشهور حتى اذا سكن ساعة من الشهر الثاني صح العقد عليه أيضا والثالث والرابع مثله اه اتقاني (قوله فتم العقد فيه) فلو أن صاحب هذه الدار حلف أن يؤجرها فتركها في يد المستأجر وصار يتقاضى الاجرة آخر كل شهر لا يحنث لان الانعقاد في رأس كل شهر لا يتوقف على اختياره فلا يكون آجرا ولو طلب أجرة شهر لم يسكنه بعد يحنث اه فتاوى الطبري (قوله وهو القياس) لان رأس الشهر في الحقيقة هي الساعة التي يهل فيها الهلال فاذا أهل مضى رأس الشهر فلا يمكن الفسخ اه كاكي (قوله وبه يفتى) قال الاتقاني قال الصدر الشهيد في الواقعات في باب الاجارة الجائزة بعلامة السين والصحيح أن يفسخ في الليلة الاولى واليوم الاول من الشهر الثاني والثالث فان خيار الفسخ انما يثبت له في أول الشهر وأول الشهر هذا

تعذر ايجاب المسمى كما في بيع الاعيان وكما اذا كان الفساد لجهالة الاجر أو لعدم التسمية ولنا أن المنافع غير متقومة بنفسها لان التقوم يستدعي سابقة الاحراز وما لا بقاء له لا يمكن احرازه فلا يتقوم وانما تقومت بالعقد شرعا للضرورة لشدة الحاجة اليها واذا فسدت الاجارة وجب أن لا تجب الاجرة لعدم العقد والضرورة لان الصحيح منها كاف فلا حاجة الى الفاسد منها الا أن الفاسد من كل عقد ملحق بصحيحه لكونه تبعا له وكانت الضرورة باقية من وجه لان كل أحد لا يهتدي الى الصحيح فمست الحاجة الى الحاقها به فيكون لها قيمة في قدر ما وجد فيه شبهة العقد وهو قدر المسمى فيجب في المسمى بالغا ما بلغ وفيما زاد على المسمى لم يوجد فيه عقد ولا شبهته فلا يتقوم ويبقى على الاصل بخلاف المبيع لانه متقوم بنفسه فتجب قيمته بالغة ما بلغت ولانهاية للمجهول ولا لغير المسمى فيجب بالغا ما بلغ قال رحمه الله (وان آجر دارا كل شهر بدرهم صح في شهر فقط الا أن يسمي الكل) لان كلمة كل اذا دخلت على مجهول وأفراده معلومة انصرف الى الواحد لكونه معلوما وفسد في الباقي للجهالة كما اذا باع صبرة من طعام كل قفيز بدرهم فانه يجوز في قفيز واحد فكذا هنا وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله ظاهر لانه سوى بين البابين وهما وافقا في الشهور وأجازا العقد في الكل في الصبرة والفرق لهما أن الشهور لانهاية لها فلا يمكن رفع الجهالة فيها والصبرة متناهية فترتفع الجهالة بالكيل فلهذا أجازاه في الكل ولا معنى لقول من قال من المشايخ ان العقد صحيح في الشهر الثاني والثالث لتعامل الناس لان التعامل المخالف للدليل لا يعتبر ثم اذا تم الشهر كان لكل واحد منهما نقض الاجارة لانتهاء العقد الصحيح بشرط أن يكون الآخر حاضرا وان كان غائبا لا يجوز بالاجماع وقيل لا يجوز عندهما الا بحضرة الآخر وعند أبي يوسف رحمه الله يجوز كأنه بنى على الفسخ بشرط الخيار وقد بيناه في البيوع وبتسميته جملة الشهور تصير المدة معلومة فتصح قال رحمه الله (وكل شهر سكن أوله ساعة صح فيه) لانه صار معلوما فتم العقد فيه بتراضيهما فلا يكون لاحدهما الامتناع عن المضي وهذا قول بعض المشايخ وهو القياس وفي ظاهر الرواية لكل واحد منهما الخيار في الليلة الاولى من الشهر ويومها وبه يفتى لان في اعتبار الساعة حرجا عظيما والمقصود هو الفسخ في رأس الشهر وهو عبارة عن الليلة الاولى ويومها عرفا ألا ترى الى ما ذكره محمد رحمه الله في كتاب الايمان فيمن حلف ليقضين دين فلان رأس الشهر فقضاه في الليلة التي يهل فيها الهلال وفي يومها لم يحنث استحسانا ولو فسخ في أثناء الشهر لم

ينفسخ وقيل ينفسخ به اذا خرج الشهر لانه أمكن توقيفه الى وقت يملك فيه الفسخ وبه كان يقول محمد أبو نصير بن يحيى بن سلام ولو قال في أثناء الشهر فسخت رأس الشهر ينفسخ اذا أهل الشهر بلا شبهة فيكون فسخا مضافا الى رأس الشهر وعقد الاجارة يصح مضافا فكذا فسخه ولو قدم أجرة شهرين أو ثلاثة وقبض الاجرة فلا يكون لواحد منهما الفسخ في قدر المعجل أجرته لانه بالتقديم زالت الجهالة في ذلك القدر فيكون كالمسمى في العقد قال رحمه الله (وان استأجر هاسنة صح وان لم يسم أجرة كل شهر) يعني بعد ما سمى الاجرة جملة لان المنفعة صارت معلومة ببيان المدة والاجرة معلومة فيصح وان لم يبين قسط كل شهر كما اذا استأجر شهرا ولم يبين حصة كل يوم فاذا صح وجب أن تقسم الاجرة على الاشهر على السواء ولا يعتبر تفاوت الاسعار باختلاف الزمان قال رحمه الله (وابتداء المدة وقت العقد) يعني ابتداء مدة الاجارة من وقت العقد لان الاوقات كلها سواء في حكم الاجارة وفي مثله يتعين الزمان الذي يلي العقد كالاجل واليمين أن لا يكلم فلانا شهرا ولانه لو لم يتعين عقيبه لمدتها لصار منكرا مجهولا وبه تبطل الاجارة والظاهر من حاله أن يقصد الصحيح فتعين عقيب العقد بخلاف الصوم حيث لا يتعين ابتداؤه عقيب اليمين ولا عقيب النذر لان الاوقات في حقه ليست بسواء فانه لا يجوز في الليل ولا يصير شارعا فيه الا بالعزيمة فلا يتعين عقيب السبب هذا اذا كان العقد مطلقا من غير تعيين المدة وان بين المدة تعين ذلك وهو ظاهر قال رحمه الله (فان كان حين يهل تعتبر الاهلة والا فالايام) يعني اذا وقع عقد الاجارة حين يهل الشهر أو كان أولها بالتعيين كذلك تعتبر شهور المدة بالاهلة وان كان أولها بعد ما مضى شئ من الشهر تعتبر الشهور بالعدد وهو أن يعتبر كل شهر ثلاثون يوما وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله اذا كان ابتداؤها في أثناء الشهر يعتبر الاول بالايام ويكمل من الاخير ويعتبر الباقي بالاهلة وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله لان الاهلة هي الاصل في الشهور قال الله تعالى يسألونك عن الاهلة قل هي مواقيت للناس والايام بدل عن الاهلة ألا ترى الى قوله عليه الصلاة والسلام صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته فان غم عليكم الهلال فأكملوا عدة شعبان ثلاثين يوما ولا يصار الى البدل الا عند تعذر الاصل ولا تعذر الا في الشهر الواحد وهو الاول وقد أمكن تكميله من الاخير فيكمل وبقي غيره على الاصل وله أنه لما تعذر اعتبار الشهر الاول بالهلال تعذر الباقي أيضا بالاهلة لان الشهر الاول يجب تكميله مما يليه والا لزم أن يكون الثاني والثالث وجميع الاشهر التي بعده قبل الاول وهو محال فاذا كمل من الثاني انتقص الآخر فوجب تكميله من الذي يليه وكذا كل شهر الى آخر المدة فوجب اعتباره بالايام ضرورة ونظيره العدة وقد بيناه في الطلاق قال رحمه الله (ويصح أخذ أجرة الحمام) لما روى أنه عليه الصلاة والسلام دخل الحمام في الجحفة وتعارف الناس وقال عليه الصلاة والسلام وما رآه المؤمنون حسنا فهو عند الله حسن ومن العلماء من كره الحمام لما روى عن عمارة بن عقبة أنه قال قدمت على عثمان بن عفان فسألني عن مالي فأخبرته أن لي غلما ناوحماما له غلة فكره لي غلة الحمام من وغلة الحمام وقال انه بيت الشيطان فسماه رسول الله صلى الله عليه وسلم شر بيت فانه تكشف فيه العورات وتصب فيه الغسالات والنجاسات ومنهم من فصل بين حمام الرجال وحمام النساء فقال لا بأس باتخاذ حمام النساء لانهن ممنوعات عن الخروج وقد أمرن بالقرار في البيوت فاجتماعهن قلما يخلو عن الفتن وقد روى أن نساء دخلن على عائشة رضي الله عنها فقالت أنتن من اللاتي يدخلن الحمامات وأمرت باخراجهن والصحيح أنه لا بأس ببناء الحمامات للرجال والنساء جميعا للحاجة اليه لان النساء يحتجن الى الاغتسال مثل الرجال بل حاجتهن أكثر لكثرة أسباب الاغتسال في حقهن من الحيض والنفاس وليتمكن من استعمال الماء البارد قد يضر وقد لا يتمكن من الاستعاب بدون ازالة الوسخ مقصود وذلك يحصل بدخول الحمام وكراهة عثمان

(قوله في المتن فان كان حين يهل) بضم الياء وفتح الهاء أي يصير اه قارئ الهداية وكتب ما نصه قال الاتقاني وفسر بعضهم في شرحه قوله حين يهل الهلال بقوله أراد به اليوم الاول من الشهر وفيه نظر لانه ليس حين يهل الهلال بل هو أول الليلة الأولى من الشهر اه وكتب أيضا ما نصه قال الاتقاني يجوز على صيغة المبني للفاعل وعلى صيغة المبني للمفعول جميعا قال في الجمهرة هل الهلال وأهل ودفع الاصمعي هل وقال لا يقال الا أهل وأهللنا نحن اذا رأينا الهلال اه (قوله وهو أن يعتبر كل شهر ثلاثون يوما) أي فالسنة ثلثمائة وستون يوما اه وليعلم أني قد كتبت حاشية نافعة من فتح القدير عند قوله في الكنز في أول باب الطلاق وفرق على الاشهر فيمن لا تحيض فلتراجع فانها مهمة في هذا المقام والله الموفق اه (قوله ويعتبر الباقي بالاهلة) أي فيكون عنده أحد عشر شهرا بالاهلة والشهر الواحد بالايام اه (قوله في المتن وصح أخذ أجرة الحمام) أي لان الناس في سائر الامصار يدفعون أجرة

الحمام وان كان مقدار ما يستعمل من الماء ليس بمعلوم ولا مقدار القعود فدل اجماعهم على جواز ذلك وان كان القياس بابائه لورود ه على اتلاف العين مع الجهالة اه اتقاني

(قوله في المتن والحجام) قال الاتقاني وأما الحجام فلما روى في صحيح البخاري مسندا الى ابن عباس قال احتجم النبي صلى الله عليه وسلم وأعطى الحجام أجره ولو كان فيه كراهية لم يعطه وفي رواية السنن ولو علمه خبيثا لم يعط - وحدث صاحب السنن أيضا في كتاب البيوع والتجارة مسندا الى أنس بن مالك أنه قال حجم أبو طيبة رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمر له بصاع من تمر وأمر أهله أن يخففوا عنه من خراجه ولانه عمل معلوم أبيح استيفاؤه فجاز أخذ الاجرة عليه كسائر الاعمال فان قلت حدث صاحب السنن باسناده الى رافع بن خديج أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال كسب الحجام خبيث وثمن الكلب خبيث ومهر البغي خبيث فما الجواب عنه قلت لاشك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم احتجم فلو كان خبيثا لم يعطه الاجر فيحمل حديث الخبث على الكراهة طبعا من حيث المروأة لما فيه من الخبث والدناءة على أنا نقول ان راويه ليس كابن عباس في (١٣٤) الضبط والاتقان والفقه فلا يعارض الحديث حديث ابن عباس فيعمل

وعائشة رضي الله عنهما محمول على أنه كان يؤدي الى كشف العورة قال رحمه الله (والحجام) أي جاز أخذ أجرة الحجامة لما روى انه عليه الصلاة والسلام احتجم وأعطى أجره ولانه جرى التعارف بين الناس من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا فانعقد اجماعا عمليا وقالت الظاهرية لا يحل لما روى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن عسب التيس وكسب الحجام وقفيز الطحان قلنا هذا الحديث منسوخ بما روى أنه صلى الله عليه وسلم قال له رجل إن لي عيالا وغلاما حجاما أفأطعم عيالي من كسبه قال نعم قال رحمه الله (لا أجرة عسب التيس) أي لا يجوز أخذ أجرة عسب التيس لقوله عليه الصلاة والسلام إن من السحت عسب التيس ومهر البغي وكسب الحجام ولانه عمل لا يقدر عليه وهو الاحبال فلا يجوز أخذ الاجرة عليه ولانه أخذ المال بمقابلة الماء وهو نجس مهين لا قيمة له فلا يجوز أخذ الاجرة عليه قال رحمه الله (والاذان والحج والامامة وتعليم القرآن والفقه) يعني لا يجوز أخذ الاجرة على هذه الاشياء وقال الشافعي رحمه الله يجوز في كل ما لا يتعين على الاجير لانه استئجار على عمل معلوم غير متعين عليه فيجوز وكونه عبادة لا ينافي ذلك ألا ترى أنه يجوز الاستئجار على بناء المسجد وأداء الزكاة وكتابة المصحف والفقه ولنا قوله عليه الصلاة والسلام اقرؤا القرآن ولا تأكلوا به وعهد عليه الصلاة والسلام الى عثمان بن أبي العاص وان اتخذت مؤذنا فلا تأخذ على الاذان أجرا ولان القربة متى وقعت كانت للعامل فلا يجوز له أن يأخذ الاجر على عمل وقع له كما في الصوم والصلاة ولان التعليم مما لا يقدر عليه المعلم الا عني من جهة المتعلم فيكون ملتزما ما لا يقدر على تسليمه فلا يجوز بخلاف بناء المسجد وأداء الزكاة وكتابة المصحف والفقه فانه يقدر عليها الاجير وكذا الاجير يكون للآمر لوقوع الفعل عنه نيابة ولهذا لا يشترط أهلية المأمور فيها بل أهلية الآمر حتى جاز أن يستأجر الكافر فيها ولا يجوز فيما نحن فيه والاصل فيه أن كل شئ جاز أن يستأجر الكافر عليه جاز أن يستأجر عليه المسلم وما لا فلا قال رحمه الله (والفتوى اليوم على جواز الاستئجار لتعليم القرآن) وهو مذهب المتأخرين من مشايخ بلخ استحسنوا ذلك وقالوا إني أصحابنا المتقدمون الجواب على ما شاهدوا من قلة الحفاظ ورغبة الناس فيهم وكان لهم عطيات في بيت المال وافتقاد من المتعلمين في مجازاة الاحسان بالاحسان من غير شرط مروءة يعينونهم على معاشهم ومعادهم وكانوا يفتون بوجوب التعليم خوفا من ذهاب القرآن ونحن نضايقهم على التعليم حتى ينهضوا الاقامة الواجب فيكثر حفاظ القرآن وأما اليوم فذهب ذلك كله واشتغل الحفاظ بمعاشهم وقل من يعلم حسبة ولا يتفرغون له أيضا فان حاجتهم تمنعهم من ذلك فلو لم يفتح لهم باب التعليم بالاجر لذهب

بحديث ابن عباس دونه اه (قوله إن من السحت عسب التيس) المراد منه استئجار التيس لينزيه لانه لا يحصل النزو الا بنشاط التيس وليس في يد العبد احداث النشاط فكان استئجارا على عمل لا يقدر على تسليمه المؤجر اه قال ابن الاثير وفيه أنه نهى عن عسب الفحل عسب الفحل ماؤه فرسا كان أو بعيرا أو غيرهما وعسبه أيضا ضرابه يقال عسب الفحل الناقة يعسبها عسبا ولبنه عن واحد منهما وانما أراد النهي عن الكراء الذي يؤخذ عليه فان اعارة الفحل مندوب اليها فقد جاء في الحديث ومن حقها الطراق فحلها ووجه الحديث أنه نهى عن كراء عسب الفحل فحذف المضاف وهو كثير في الكلام وقيل يقال لكراء الفحل عسب وعسب فحله يعسبه أي أكراه وعسبت الرجل اذا أعطيته كراء ضرابه فحله فلا يحتاج الى حذف مضاف وانما نهى عنه للجهالة التي فيه ولا بد في الاجارة من تعيين العمل ومعرفة مقداره اه (قوله وقال الشافعي يجوز في كل ما لا يتعين على الاجير) أي حتى لو تعين بأن كان الامام أو المفتي واحد لا يجوز الاستئجار بالاجماع وبقوله قال مالك وأحمد في رواية أبي الخطاب عنه وأبو ثور وأبو قلابة ونص أحمد مثل قولنا وبقولنا قال عطاء والضحاك والزهري والحسن وابن سيرين وطاوس والنخعي والشعبي اه (قوله وقل من يعلم حسبة) وذكر في تتمة الفتاوى الاستئجار لتعليم الفقه لا يجوز كالاستئجار لتعليم القرآن في أول باب القسمة من أدب القاضي وفي الاستئجار لتعليم الحرف روايتان في رواية المبسوط يجوز وفي رواية القدوري لا يجوز وذكر شمس الأئمة السرخسي في باب الاجارة الفاسدة أن مشايخ بلخ اختاروا قول أهل المدينة في جواز استئجار المعلم على تعليم القرآن فنحن أيضا نفتي بالجواز الى هنا لفظ التتمة ثم قال فيها استأجر انسانا ليعلم غلامه أو ولده شعرا أو أدبا أو حرفة

مثل الخياطة ونحوها قالكل سواء ان بين المدة بأن استأجره شهرا ليعلمه هذا العمل يجوز ويصح وينعقد العقد على المدة حتى يستحق الاجرة تعلم أولم يتعلم اذا سلم الاستاذ نفسه لذلك أما اذا لم يبين المدة فينعقد لكن فاسدا حتى لو علم استحق أجر المثل والا فلا وكذا تعليم سائر الاعمال كالخط والحساب والحساب على هذا ولو شرط أن يحذقه في ذلك العمل فهو غير جائز لان التحذيق ليس في وسع المعلم والحذاقة لمعنى في المتعلم دون المعلم ولان الحذاقة ليس لها حد تنتهي اليه فكان مجهولا جهالة تفضي الى المنازعة اه اتقاني (قوله عبد الله الخزاخزي) بفتح الخاء وسكون الياء باثنتين من تحتها وفتح الزاي وسكون الالف (١) وفتح الخاء الثانية وكسر الزاي الثانية نسبة الى قرية خزاخز من قرى بخارى اه جواهر (قوله في المتن ولا يجوز على الغناء والنوح) قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي ولا تجوز الاجارة على شيء من الغناء والنوح والمزامير والطبل وشيء من اللهو ولا على الحداء وقراءة الشعر ولا غيره ولا أجر في ذلك وهذا كله قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد لانه معصية ولهو ولعب والاستئجار على المعاصي واللعب لا يجوز لانه منهي عنه وقد حدث صاحب السنن عن مسلم بن ابراهيم قال حدثنا سلام بن مسكين عن شيخ شهد أبا وائل في وليمة فجعلوا يغنون فخل أبو وائل حبوته وقال سمعت عبد الله يقول سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الغناء ينبت النفاق في القلب كما ينبت الماء البقل اه اتقاني (قوله في المتن والملاهي) كالمزامير والطبل وغيرهما وبه قالت الائمة الثلاثة وأبو ثور (١٣٥) وقال الشعبي والنخعي يكره ذلك ويجوز

القرآن فأفتوا بجواز ذلك لذلك ورأوه حسنا وقالوا الاحكام قد تختلف باختلاف الزمان ألا ترى أن النساء كن يخرجن الى الجماعات في زمن النبي صلى الله عليه وسلم وفي زمن أبي بكر رضي الله عنه حتى منعهن عمر رضي الله عنه واستقر الامر عليه وكان ذلك هو الصواب وكان الامام أبو بكر محمد بن الفضل يقول يجب الاجر ويحبس عليها وقال في النهاية يفتى بجواز الاستئجار على تعليم الفقه أيضا في زماننا ثم قال وفي روضة الزندويستي كان شيخنا أبو محمد عبد الله الخزاخزي يقول في زماننا يجوز للامام والمؤذن والمعلم أخذ الاجر قال كذا في الذخيرة ولا يجوز استئجار المصحف وكتب الفقه لعدم التعارف قال رحمه الله (ولا يجوز على الغناء والنوح والملاهي) لان المعصية لا تصور استحقاقها بالعقد فلا يجب عليه الاجر من غير أن يستحق هو على الاجير شيأ اذ المبادلة لا تكون الا باستحقاق كل واحد منهما على الآخر ولو استحق عليه للمعصية لكان ذلك مضافا الى الشارع من حيث انه شرع عقدا موجبا للمعصية تعالى الله عن ذلك علوا كبيرا ولان الاجير والمستأجر مشتركان في منفعة ذلك في الدنيا فتكون الاجارة واقعة على عمل هو فيه شريك ذكره في النهاية معزيا الى الذخيرة وان أعطاه الاجر وقبضه لا يحل له ويجب عليه رده على صاحبه وفي المحيط في كتاب الاستحسان اذا أخذ المال من غير شرط صاحب لانه أعطاه المال عن طوع من غير عقد ولو استأجر من له القصاص رجلا ليقتل له فلا أجر له خلافا لمحمد رحمه الله ولو استأجر القاضي رجلا ليقوم في مجلس القضاء ويقيم الحدود جاز ولو استأجره للحدود والقصاص لم يجز ولو استأجره لاستيفاء القصاص فيما دون النفس جاز قال رحمه الله (وفسد اجارة المشاع الامن الشريك)

أما الاستئجار لكاتب يكتب له غناء ونوح فيجوز عند أبي حنيفة خلافا لصاحبيه وللائمة الثلاثة وعلى هذا الخلاف الاستئجار على حمل الظهر اه كاكي قوله كالمزامير والطبل والطبل انما يكون منهيا اذا كان للهو أما اذا كان لغير اللهو فلا بأس به كطبل الغزاة وطبل العرس ألا ترى الى ما قال في الاجناس ولا بأس أن يكون ليلة العرس دف يضرب به ليشهر ذلك ويعلن به النكاح وقال ظهير الدين اسحق الوالوالجي في كتاب الكراهة من فتاواه رجل استأجر رجلا ليضرب له الطبل ان كان للهو لا يجوز لانه معصية وان كان للغزو أو القافلة يجوز لانه طاعة اه اتقاني (قوله في المتن وفسد اجارة المشاع) قال في تجنيس القدوري للعلامة قاسم رحمه الله قال الكرخي في جامعه نص أبو حنيفة أنه اذا آجر بعض ملكه أو آجر أحد الشريكين نصيبه من أجنبي فهو فاسد سواء فيما يقسم وما لا يقسم قلت صحح في الحقائق أنه فاسد وحكى عن بعض أنه باطل وهو في نظم الخلافيات وقال القاضي اجارة المشاع فيما يقسم وما لا يقسم فاسدة في قول أبي حنيفة وعليه الفتوى وان آجر من شريكه جاز في أظهر الروايتين ولو من ثالث لا يجوز في الاظهر قال في الفتاوى الصغرى وفي المزارعة والمعاملة والوقف الفتوى على قول أبي يوسف ومحمد لكان الضرورة والبلوى وفي اجارة المشاع على قول أبي حنيفة وقال في الحقائق والفتوى على قول أبي حنيفة واعتمده النسفي وبرهان الائمة الحبوبي وصدر الشريعة وقال في شرح الكنز الزيلعي وفي المغني أن الفتوى اليوم في اجارة المشاع على قولهما قلت شاذ مجهول القائل فلا يعارض ما ذكرنا اه وكتب على قوله وفسد الخ ما نصه فان قلت كيف جوز أبو حنيفة على الرواية المشهورة عنه اجارة المشاع من الشريك ولم يجوز رهن المشاع ولا هبة المشاع من الشريك وغيره قلت انما يشترط فيهما القبض والاشاعة تؤثر في القبض بخلاف الاجارة فان نعم الانتفاع على القبض اه اتقاني

(١) قوله وفتح الخاء الثانية كذا في الاصل والذي في معجم ياقوت أنها مضمومة اه كتبه مصححه

(قوله وعندهما يجوز بشرط بيان نصيبه) المذكور في الخلاصة والبدائع جواز اجارة النصيب عندهما وان لم يعرفه المستأجر اه (قوله لهما أن للشاع منفعة) وجه قولهما أن الاجارة بيع المنفعة لان طريق جوازها اقامة العين مقام المنفعة فصارت كبيع العين ثم بيع العين يصح في الشائع وغيره فكذا بيع المنفعة ولان العقود التي يبطلها الشيوع يستوي فيها الشريك وغير الشريك كالرهن والهبة حتى لو رهن المشاع أو وهبه من شريكه أو غير شريكه لا يجوز فههنا ثبت أن اجارة المشاع من الشريك جائزة ثبت أن الشيوع لا يبطل الاجارة فوجب أن تصح الاجارة مشاعا من الاجنبي كما تصح من الشريك وكما اذا آجر داره من اثنين اه اتقاني ﴿فروع﴾ قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره ولا يجوز اجارة المشاع فيما يقسم وفيما لا يقسم عند أبي حنيفة وزفر الا أن يكون المستأجر شريكا في العقار فيستأجر نصيب شريكه أو شركائه كله في صفقة واحدة في قول أبي حنيفة وكذلك قال أبو حنيفة في رجلين آجرا دارا لهما من رجل فهو جائز وان مات أحد المؤجرين بطلت الاجارة في نصيبه والاجارة في نصيب الحي صحيحة على حالها ولا يجوز أيضا عند أبي حنيفة أن يستأجر من عقار مائة ذراع ولا من أرض جريبا أو جريبين اذا كانت أكثر من ذلك الى هنا لفظ الكرخي وقال في شرح الطحاوي اجارة المشاع من شريكه جائزة بالاجماع ومن غير شريكه لا تجوز عند أبي حنيفة وعندهما تجوز وبيع المشاع يجوز من شريكه ومن غير شريكه بالاجماع سواء كان مما يحتمل القسمة أو مما لا يحتمل القسمة ورهن المشاع من شريكه ومن غير شريكه سواء كان مما يحتمل القسمة أو لا يحتمل القسمة لا يجوز وعند الشافعي يجوز وهبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة جائزة وفيما يحتمل القسمة لا تجوز عندنا وعند الشافعي تجوز وفرض المشاع جائز بالاجماع(١) وأما وقف المشاع فأبو حنيفة لا يرى الوقف مشاعا كان أو غيره وعندهما يجوز الوقف ثم على قول أبي يوسف وقف المشاع جائز وعند محمد باطل ولو آجر داره من رجلين صفقة واحدة فانه يجوز وهذا لا يكون مشاعا بخلاف الهبة فانه اذا وهب داره من رجلين صفقة (١٢٦) واحدة لا يجوز عند أبي حنيفة ثم العقد متى حصل في غير المشاع فاعترض الشيوع في البعض لا يبطل به العقد كما لو استأجر دارا من رجلين ثم مات أحد المؤجرين لم تنقض الاجارة في حصة الحي وان بقيت مشاعا وكذا لو آجر داره من رجلين صحت الاجارة ثم اذا مات أحد المستأجرين انتقضت الاجارة في حقه وبقي في حق الحي كما كان جائزا الى هنا لفظ الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي وقد صرح ان اجارة المشاع من الشريك جائزة فلا بالاجماع وينبغي أن يكون هذا على الرواية المشهورة عن أبي حنيفة لان القدوري قال في التقريب وذكر الطحاوي في اختلاف أبي يوسف وزفر الذي رواه ما يوجب أن لا تصح اجارة المشاع ثم قال والمشهور جوازه وذكر القدوري أيضا في شرحه لمختصر الكرخي فقال وأما اجارة المشاع من الشريك فقد روى زفر عن أبي حنيفة أنها لا تجوز لان ما لا يجوز من غير الشريك لا يجوز مع الشريك كالرهن والهبة وقال الامام علاء الدين العالم في طريقة الخلاف قال أبو حنيفة اجارة المشاع غير صحيحة سواء كان محتملا للقسمة كالدار وغيرها أو غير محتمل كالدابة ونحوها وقال صاحباه والشافعي صحيحة وثمرة الاختلاف تظهر في وجوب المسمى عند التسليم والانتفاع عنده لا يجب وعندهم يجب وهل يجب أجر المثل عند أبي حنيفة رحمه الله فيه روايتان في رواية لا يجب وبعض مشايخنا عولوا على هذه الرواية وقالوا ان هذه الاجارة باطلة وفي رواية يجب وبعضهم عولوا على هذه الرواية وقالوا انها فاسدة وهو الصحيح الى هنا لفظ العالم في طريقته اه اتقاني (قوله وفرض المشاع جائز بالاجماع) مر في كتاب الهبة فرض المشاع والوصية بالمشاع اه (قوله بخلاف البيع) وجه قول أبي حنيفة أنه آجر ما لا يقدر على تسليمه وكل عقد لا تثبت القدرة فيه على تسليم المعقود عليه يفسد كاجارة العبد الآبق والبيع قبل القبض واجارة الارض السبخة التي لا تنبت للزراعة وانما قلنا هذا لان الشائع وان كان منتفعا به لكن لا يمكن تسليمه الا بالتهايؤ والتهايؤ حكم مستحق بالعقد بناء على حكمه وهو الملك فلا يصلح شرطا لجواز العقد لان شرط العقد يسبقه أو يقترن به وحكم العقد يعقبه فلا يصح اجارة المشاع إذن لئلا تنقلب الحقيقة ولان المهايأة وهي قسمة منافع الاعيان عقد في نفسه فلو كانت شرط الصحة الاجارة كانت جزأة شرط عقد في عقد وذلك فاسد فتفسد به الاجارة ولان المستأجر لا يتوصل الى الانتفاع بالنصف الذي استأجره الا بالانتفاع بالنصف الذي لم يستأجره فصار كرجل آجر داره من رجل واشترط للمستأجر أن ينتفع بدار أخرى للمؤاجر فذلك فاسد فكذا هذا اه اتقاني

وهذا عند أبي حنيفة رضي الله عنه وعندهما يجوز بشرط بيان نصيبه وان لم يبين نصيبه لا يجوز في الصحيح لهما أن للشاع منفعة وتسليمه ممكن بالتخلية أو بالتهايؤ ولهذا يجب أجر المثل عنده فصار كما اذا آجر من شريكه أو من رجلين وكالشيوع الطارئ بأن مات أحد المستأجرين وكالعارية وهي أقرب اليها لان العارية للانتفاع بها الا أنها بلا عوض فلو لم يمكن الانتفاع به لما جازا عارته فاذا جازت اعارته فأولى أن تجوز اجارته لان تأثير الشائع في منع التبرع أقوى من تأثيره في منع المعاوضة ألا ترى أن هبة الشائع لا تجوز وبيعه يجوز ولابي حنيفة رحمه الله أن المقصود من الاجارة الانتفاع والانتفاع بالمشاع لا يمكن ولا يتصور تسليمه بخلاف البيع لان المقصود فيه الملك وهو أمر حكمي فأمكن فيه فيجوز والانتفاع حسي

---

(١) قول المتن وأما وقف المشاع الخ هكذا في الاصل وارجع الى الاصول الصحيحة في تحرير هذه العبارة فلعلها لا تخلو من تحريف اه مصححه

(قوله على أنه روى عنه) قال القدوري في كتاب التقريب روى الحسن عن أبي حنيفة وزفر بطلان العقد في الجميع يعني في اجارة المشاع من الشريك وغيره والشيوع الطارئ كموت أحد المؤجرين أو أحد المستأجرين وغير الطارئ لان المغني المفسد في الابتداء

فلا يمكن عشاع فيبطل ألا ترى أنه يجوز بيع الحشيش دون اجارته لما قلنا والتخلية اعتبرت تسليما في محل يتمكن وفي المشاع لا يتمكن من الانتفاع به ولا من القبض فكيف يجعل تسليما ولا معتبر بالتهايؤ لانه يستحق حكما لملك المنفعة يصار اليه عند الحاجة الى القسمة بعد الملك لان حكم العقد يعقبه والقدرة على التسليم شرط لجواز العقد وشرط الشيء يسبقه ولا يتصور أن يكون شرطا للثبوت كونه حكما فيفسد بخلاف ما اذا آجره من شريكه لانه لا شيوع في حقه اذ الكل في يده غير أن النصف بحكم الملك والنصف الآخر بحكم الاجارة ولا معتبر باختلاف السبب عند اتحاد الحاجة على أنه روى عنه أنه لا يجوز لان استيفاء المنفعة التي يتناولها العقد لا يتأتى الا بغيرها وهو منفعة نصيبه وذلك مفسد للعقد كمن استأجر أحد زوجي المقراض لقرض الثياب وبخلاف ما اذا آجر من رجلين لان العقد أضيف الى الكل ولا شيوع فيه وانما الشيوع يظهر حكما لتفرق الملك فيما بينهما وهو طارئ وكذا اذا مات أحد المستأجرين انفسخ العقد في نصيب الميت وبقي في نصيب الحي شائعا وهو طارئ فلا يضر كالشيوع الطارئ في الهبة وهذا لان الشيوع انما كان مفسدا لكونه مانعا من القبض ولا حاجة اليه بعد القبض والعارية ليس بلازم فلا يجب تسليمه وعند التسليم جاز الانتفاع بجميعه لوجود اذنه في ذلك وصار كالعارية فلا شيوع والحيلة في اجارة المشاع أن يستأجر الكل ثم يفسخ في النصف فانه يجوز لان الشيوع الطارئ لا يفسد كما في الهبة أو يحكم الحاكم بجوازه وفي المغني الفتوى في اجارة المشاع على قولهما قال رحمه الله (وصح استئجار الظئر بأجرة معلومة) والقياس أن لا يصح لانها ترد على استهلاك العين وهو اللبن فصار كاستئجار البقرة أو الشاة ليشرب لبنها أو البستان ليأكل ثمره وجه الاستحسان قوله تعالى فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن وعليه اجماع الامة وقد جرى التعامل به في الاعصار من غير نكير ولا نسلم أن العقد يرد على استهلاك العين بل على المنفعة وهو حضانة الصبي وتلقيمه ثديها وحفظه وتربيته واللبن تابع وانما لا تستحق الاجرة اذا أرضعته بلبن الشاة لانها لم تأت بالواجب وهو الارضاع وتلقيمه ثديها والعين قد تدخل تبعا للمنفعة كما اذا استأجر صباغا ليصبغ له الثوب فانه يجوز ويدخل الصبغ فيه تبعا والعقد وارد على المنفعة وهو فعل الصباغة لا على استهلاك العين بخلاف استئجار البقرة والشاة ليشرب لبنها لان فيه عقد الاجارة ورد على العين مقصودا فانتفيا وقيل العقد يرد على اللبن لانه المقصود لقيام مصالح الصبي به وهو منفعة الثدي ومنفعة كل عضو على حسب ما يليق به هكذا رواه ابن سماعة عن محمد رحمه الله فانه قال استحقاق لبن الآدمية بعقد الاجارة دليل على أنه لا يجوز بيعه وجواز بيع لبن الانعام دليل على انه لا يجوز استحقاقه بعقد الاجارة ولهذا لو أرضعته بلبن الشاة في المدة لا تستحق الاجرة والى هذا القول مال شمس الائمة وقال هو الاصح والاول أشبه بالفقه وأقرب اليه وقال في الكافي وهو الصحيح وقد ذكرنا الجواب عما اذا أرضعته بلبن الانعام قال رحمه الله (وبطعامها وكسوتها) هذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز وهو قول الشافعي وهو القياس لان الاجرة مجهولة فصار كما اذا استأجرها للطبخ والخبز وله أن الجهالة هنا لا تفضي الى المنازعة لان العادة جرت بالتوسعة على الاظآر شفقة على الاولاد ولا يشاحهها بل يعطيها ما طلبت ويوافقها على مرادها والجهالة اذا لم تفض الى المنازعة لا تمنع الصحة كبيع قفيز من صبرة طعام بخلاف الطبخ والخبز وغير ذلك لان الجهالة فيها تفضي الى المنازعة بخلاف المماكسة والمضايقة فيها وفي المحيط لو شرطت طعامها وكسوتها عند ستة أشهر وشرطت دراهم مسماة عند الفطام ولم تصف شيأ من ذلك جاز استحسانا من غير بيان عند أبي حنيفة رحمه الله والمعنى ما بيناه وفي الجامع الصغير فان سمى الطعام دراهم ووصف جنس الكسوة وأجلها وذرعها جاز

وجوب المهايأة عند الاستيفاء وهذا موجود في الثاني اه اتقاني (قوله الفتوى في اجارة المشاع على قولهما) بل الفتوى على قوله كما تقدم في القولة التي على قوله في المتن وفساد اجارة المشاع فلتراجع اه (قوله وقيل العقد يرد على اللبن) أي والخدمة تبعه بدليل انها لو أرضعته بلبن شاة لم تستحق الاجر وان حصلت الخدمة (قوله في المتن وبطعامها وكسوتها) أي ولم يزد على ذلك ويكون لها الوسط منه استحسانا وانما يجب الوسط اذا لم يوصف لان البدل اذا ثبت في الذمة مطلقا وجب الوسط منه كالمهر والدية اه وكتب ما نصه قال الاتقاني يعني اذا استأجر الظئر على طعامها وكسوتها ولم يزد على ذلك جاز ويكون لها الوسط من ذلك استحسانا عند أبي حنيفة وقالا لا يجوز وهو القياس وهو قول الشافعي قال محمد في الجامع الصغير عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يستأجر الظئر بطعامها وكسوتها قال جائز أستحسن ذلك وقال محمد ويعقوب لا يجوز وان سمى الطعام دراهم وسمى الكسوة فرسف جنسها ونوعها وأجلها وذرعها فهو جائز

الى هنا لفظ أصل الجامع الصغير وجه قولهما أن هذا بدل عن المنفعة لانه عقد معاوضة فيرتفع مع الجهالة لان الجهالة مانعة من الصحة كما في سائر عقود الاجارات والمعاوضات اه (قوله وله أن الجهالة) أي ليست بمانعة لانها بل لكونها مفضية الى المنازعة والجهالة اه غاية

(قوله ويشترط بيان مكان الايفاء عند أبي حنيفة) أي لان له حملا ومؤنة اه غاية (قوله وفي الكسوة يشترط بيان الاجل) قال الاتقاني وأما الكسوة فلا بدّ من بيان الاجل فيها لانها لا تصلح ثمنا بكل حال (قوله في المتن ولا يمنع الزوج من وطئها) قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي رحمه الله في شرح الكافي وان كان الزوج رضي بالاجارة فأرادوا منعه من غشيانها مخافة الحبل ليس لهم ذلك لان هذا ضرر موهوم والمنع من الوطء ضرر متحقق وتحمل الضرر الناجز لدفع ضرر موهوم أمر لم يرد به الشرع اه اتقاني (قوله ولكن للمستأجر منع زوجها من دخول بيته) فان لقيها في منزله فله غشيانها ولا يسع الظئر أن تمنعه نفسها ولا يسع أهل الصبي أن يمنعوها من ذلك اه غاية (قوله اذا حبلت المرضعة (١٢٨) أو مرضت تفسخ الاجارة) قال الكرخي في مختصره وليس للظئر ولا للمسترضع أن يفسخ الاجارة الا من عذر اه غاية (قوله ولهم الخيار) أي لاهل الصبي اه (قوله وكذا اذا كانت فاجرة) أي زانية اه (قوله لانها تشتغل عنه بالفجور) أي عن حفظ الصبي اه غاية (قوله ولا يبعد أن يقال عيب الفجور الخ) قال في التيسير وقوله تعالى ضرب الله مثلا للذين كفروا امرأة نوح وامرأة لوط أي بين الله تعالى للكافرين تنبيها أنهم لا ينفعهم الوصلة بالنكاح وغيره مع اختلاف الدين وفيه نوع تنبيه لازواج النبي صلى الله عليه وسلم أن وصلتهن مع النبي صلى الله عليه وسلم لا تغنيهن من الله شيأ اذا عصين وخالفن الامر وقوله تعالى كانتا تحت عبدين أي في نكاح عبدين صالحين من عبادنا استصلحناهما للنبوة والرسالة فخانتاهما أي في الدين أي كفرتا ولم يسلما ولم ينصحا للرسولين بالمساعدة على الاسلام وقيل كانتا منافقتين وقال ابن عباس فخانتاهما بالنفاق ولم تفجر امرأة نبي قط اه (قوله وكذا اذا لم تجر لها عادة الخ) قال في شرح الكافي ولا يسع الظئر أن تطعم أحدا من طعامهم بغير أمرهم لان الثابت لها حق الاكل دون الاطعام فان زارها أحد من ولدها فلهم أن يمنعوه من الكينونة عندها ولهم أن يمنعوها من الزيارة اذا كانت تضر بالصبي لانها تخل بايفاء المستحق بالعقد وما كان من ذلك لا يضر بالصبي فليس لهم منعها لان صلة الاقارب واجبة فلا يجوز الاخلال بها اه غاية (قوله الا اذا خرج الآخر معه) قال الكرخي في مختصره وليس لهم أن يحبسوا الظئر في منزلهم اذا لم يشرطوا ذلك عليها ولها أن تأخذه الى منزلها وهي مأمونة عليه وفيما عليه من حلي أو كسوة ان سرق منه شيء لم تضمنه اه اتقاني

أي بالاجماع وقالوا معنى تسمية الطعام دراهم أن يجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانه دراهم فيكون معناه على هذا التقدير ان سمى بدل الطعام دراهم حذف المضاف وأقام المضاف اليه مقامه لكن لا يفهم منه انه أعطى بدل الدراهم طعاما وانما يفهم منه انه سمى بدل الطعام دراهم لا غير ولو سمى الطعام وبين قدره ووصفه جاز بالاجماع لزوال الجهالة ولا يشترط تأجيله لان المقدرات الموصوفة في الذمة أثمان ولا يشترط في الثمن أن يكون مؤجلا بل يجوز حالا ومؤجلا ويشترط بيان مكان الايفاء عند أبي حنيفة رضي الله عنه خلافا لهما وقد بيناه في السلم وفي الكسوة يشترط بيان الاجل أيضا مع بيان الجنس والقدر لانها لا تثبت موصوفا في الذمة الا سلما فيشترط فيها شرائط السلم قال رحمه الله (ولا يمنع الزوج من وطئها) لانه حقه فلا يتمكن المستأجر من ابطاله ولهذا كان للزوج أن يفسخ الاجارة اذا لم يكن يعلم بها سواء كان يشينه اجارتها بأن كان وجيها بين الناس أو لم يشنه في الاصح لما أن له أن يمنعها من الخروج وأن يمنع الصبي الدخول عليها ولان الارضاع والسهر بالليل يضعفها ويذهب جمالها فكان له المنع منه كما يمنعها من الصيام تطوعا لكن اذا ثبتت الزوجية باقرارهما ليس له أن يفسخ الاجارة لانهما لا يصدقان في حق المستأجر كما اذا أقرت المنكوحة المجهولة بالرق لانسان تصير رقيقا ولا تصدق في حق بطلان النكاح ولكن للمستأجر منع زوجها من دخول بيته لان المنزل له قال رحمه الله (وان مرضت أو حبلت فسخت) أي اذا حبلت المرضعة أو مرضت تفسخ الاجارة لان لبن الحبلى والمريضة يضر بالصغير وهي يضرها أيضا الرضاع فكان لها ولهم الخيار دفعا للضرر عنها وعن الصبي وهذا لان هذه الاجارة والاجارة تفسخ بالاعذار وكذا لو تقيأ لبنها لاهله الفسخ لان ذلك يضر بالصبي وكذا اذا كانت سارقة لانهم يخافون على متاعهم وعلى حلي الصبي وكذا اذا كانت فاجرة بائنا فجورها لانها تشتغل عنه بالفجور بخلاف ما اذا كانت كافرة لان كفرها في اعتقادها ولا يضر ذلك بالصبي وقال في النهاية ولا يبعد أن يقال عيب الفجور في هذا فوق عيب الكفر ألا ترى أنه كان في نساء بعض الرسل كامرأتي نوح ولوط عليهما السلام وما بغت امرأة نبي قط هكذا قال عليه الصلاة والسلام وكذا اذا كان الصبي لا يأخذ ثديها كان لهم أن يفسخوا الاجارة وللظئر أيضا أن تفسخ الاجارة اذا كان يحصل لها الاذى منهم وكذا اذا لم تجر لها عادة بارضاع ولد غيرها لانها ربما لا تعرف عند ابتداء العقد ما تبلى به من المقاساة والسهر فاذا جربت ذلك وعرفت أنها تتضرر به كان لها الفسخ وكذا اذا عيروها به كان لها الفسخ لانها تتضرر به على ما قيل تجوع الحرة ولا تأكل بثديها ولو مات الصبي أو الظئر انتقضت الاجارة ولو مات أبو الصبي لا تنتقض لان الاجارة واقعة للصبي لا للاب سواء كان له مال أو لم يكن ولهذا لو كان للصبي مال تجب الاجرة من ماله اذ هي كالنفقة ولو سافرت الظئر أو أهل الصبي تفسخ الاجارة لانه عذر الا اذا خرج الآخر معه

(قوله في المتن وعليها اصلاح طعام الصبي) قال الاتقاني نقلا عن الكرخي فان كان الصبي يأكل الطعام فليس على الظئر أن تشتري له الطعام وذلك كله على أهله وعليها أن تهيئه له اه (قوله في المتن فان أرضعته بلبن شاة فلا أجر) قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي ولو استأجر ظئرا ترضع صبيا في بيتها فجعلت تؤجره بلبن الغنم وتغذوه بكل ما يصلحه حتى استكمل الحولين ولها لبن لم ترضعه منه بشيء أو ليس لها لبن فلا أجر لها لانها لم ترضعه أشار الى أن الارضاع ما يقع بلبن الآدمي وما وراءه يكون اطعاما ولا يكون ارضاعا فلم تأت بالمستحق عليها فلا تستحق الاجر فان جحدت ذلك وقالت أرضعته فالقول قولها مع يمينها لان الظاهر أن الصبي لا يبقى الا اذا أرضع بلبن الآدمي فكان القول قولها الا أن تقوم البينة على خلاف ذلك فيؤخذ بها لانها أقوى وان أقاما جميعا البينة أخذت بينتها لانها تثبت استحقاق الاجر عليه وان استأجرت له ظئرا فان أرضعته كان مثل هذا في القياس ولكني أستحسن أن يكون لها الاجر وجه القياس أن المعقود عليه ارضاعها وقد فقد وجه الاستحسان أن المعقود عليه فعل الارضاع فاذا أتت به بنفسها أو بنائبها تستحق الاجرة كما في الخياطة وأشباهها وتتصدق بالفضل لانها أخذت زيادة لا على عمل منها اه غاية (قوله وانما تقع على فعل الارضاع الخ) قال شيخي صاحب النهاية يجوز أن يكون هذا الحكم غير مسلم عن صاحب المبسوط فان قيل ذكر في المبسوط لو ضاع الصبي في يدها أو وقع فمات أو سرق من حلي الصغير أو من متاعه أو ثيابه في يدها لم تضمن الظئر لانها بمنزلة الاجير الخاص لورود العقد على منافعها في المدة بخلاف الاجير المشترك على قول من يضمنه وذكر في الذخيرة لو آجرت الظئر نفسها من قوم آخرين ترضع صبيا لهم ولم يعلم بذلك أهلها الاولون حتى يفسخوها فأرضعت كل واحد منهما وفرغت فقد أثمت وهذه جناية منها ولها الاجر كاملا على الفريقين وهذه تدل على أنها كالاجير المشترك والا لما وجب الاجر كاملا ولو وجب الاجر كاملا ينبغي أن لا تأثم قلنا الوجه أن أجير الوحد في الرضاع يشبه الاجير المشترك من حيث انه يمكنه ايفاء العمل لكل واحد منهما كما في الخياط ثم لو كانت أجير وحد حقيقة لم تستحق (١٣٩) الاجر كاملا فلشبهها بالاجير المشترك تستحق الاجر كملا ولشبهها بأجير الوحد تأثم كذا قرره شيخي صاحب النهاية اه قال الاتقاني ثم الظئر اذا استؤجرت للرضاع هل هي أجير وحد أو أجير مشترك تكلم المشايخ فيها قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي الذي هو مبسوطه والمسائل متعارضة في هذا الباب بعضها يدل على أنها في معنى أجير الوحد وبعضها يدل على أنها في معنى الاجير المشترك والصحيح أنه ان دفع الولد اليها لترضعه فهي أجير مشترك وان حملها الى منزله فهي أجير وحد وقال الكرخي في مختصره والظئر بمنزلة الاجير الخاص وليس لها أن تؤجر نفسها من غير الاولين اه (قوله في المتن ولو دفع) بلا ضمير كذا في خط الشارح رحمه الله وفي بعض نسخ المتن ولو دفعه بالضمير اه وكتب على قوله في المتن ولو دفع غزلا الخ ما نصه قال في شرح الاتقاني قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل دفع غزلا الى حائك يحوكه ثوبا على النصف قال هذا باطل وله أجر مثل والثوب لصاحب الغزل الى هنا لفظ أصل الجامع الصغير قالوا في شروح الجامع الصغير وكذا اذا استأجر حمارا أو رجلا يحمل طعاما بقفيز منه محمولا وكذا لو استأجر طحانا يطحن طعاما بقفيز دقيق فالاجارة فاسدة ويجب أجر المثل قال الفقيه أبو الليث هذا الذي ذكره محمد قول علمائنا المتقدمين وكان مشايخ بلخ يجيزون ذلك مثل نصير بن يحيى ومحمد بن سلمة وقال في خلاصة الفتاوى رجل دفع الى حائك غزلا وأمره بأن ينسج له ثوبا وبين صفته على أن ثلثه أو ربعه للحائك أجر العمل لم يجز وكان القاضي الامام أبو علي النسفي رحمه الله يفتي بجوازه بنسف بحكم العرف قال والفتوى على جواب الكتاب الى هنا لفظ الخلاصة وقال في كتاب الحرث من صحيح البخاري قال ابراهيم وابن سيرين وعطاء والحكم والزهري وقتادة لا بأس أن يعطى الثوب بالثلث والربع ونحوه أما فساد الاجارة في هذه المسائل فلوجهين أحدهما أنه جعل الاجر شيأ معدوما وهو بعض الثوب وبعض الطعام المحمول والاجر يجب أن يكون موجودا عينا كان أو دينا فكان في معنى قفيز الطحان وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عنه وصورته أن يدفع حنطة الى طحان يطحنها بقفيز من دقيق هذه الحنطة وقد روينا في أوائل كتاب الاجارة عن كتاب الآثار مسندا الى رافع بن خديج عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه مر بحائط فأعجبه فقال لمن هذا فقال لي يا رسول الله استأجرته فقال لا تستأجره بشيء منه والثاني ان العمل بحكم هذه الاجارة ان صادفت محلا غير مشترك بينه وبين المستأجر في الابتداء ففي

قال رحمه الله (وعليها اصلاح طعام الصبي) لان خدمة الصبي واجب عليها وهذا منه عرفا وهو معتبر فيما لا نص فيه وغسل ثيابه منه والطعام والثياب على الوالد وما ذكره محمد رحمه الله من أن الدهن والريحان على الظئر فهو على عادة أهل الكوفة قال رحمه الله (فان أرضعته بلبن شاة فلا أجر) لانها لم تأت بالعمل الواجب عليها وهو الارضاع وهذا ايجار وليس بارضاع وهو غير ما وقع عليه عقد الاجارة وفي المحيط لو استأجر شاة لترضع جديا أو صبيا لا يجوز لان للبن البهائم قيمة فوقعت الاجارة عليه وهو مجهول فلا يجوز وليس للبن المرأة قيمة فلا تقع الاجارة عليه وانما تقع على فعل الارضاع والتربية والحضانة قال رحمه الله (ولو دفع غزلا لينسجه بنصفه أو استأجره ليحمل طعامه بقفيز منه أو ليخبز له كذا اليوم بدرهم لم يجز) لانه في الاولى والثانية جعل الاجر بعض ما يخرج من عمله فيصير في معنى قفيز الطحان وقد نهى عنه عليه

الانتهاء صادفت محلا مشتركا لانه اذا عمل صار شريكا ولو وقع العمل ابتداء وانتهاء في محل مشترك كما لو استؤجر لحمل طعام مشترك أو لطحن حنطة مشتركة بينه وبين الطحان لم ينعقد العقد أصلا حتى لا يجب الاجر فاذا صادف محلا غير مشترك ابتداء ومشتركا انتهاء لا يمنع الانعقاد ويمنع وصف الصحة ثم اذا فسدت الاجارة على جواب الكتاب كان للعامل أجر المثل لانه لم يرض بعمله مجانا فاذا سلم عمله ولم يسلم له المسمى كان له أجر المثل لكن لا يجاوز به قيمة المسمى لان العامل رضي بذلك القدر فلا يستوجب الزيادة وفي الاجارة الفاسدة لا يزاد على قيمة المسمى الا اذا كان الفساد لجهالة المسمى بأن سمى الاجر دابة أو ثوبا فحينئذ يجب أجر المثل بالغا ما بلغ وكذا اذا فسدت الاجارة لفوات شرط هو غبن فيه من جهة الاجير كالو آجر داره كل شهر بعشرة دراهم على أن يعمرها ويؤدي نوائبها فسدت الاجارة فان لم يعمرها المستأجر ولم يؤد نوائبها يجب أجر المثل بالغا ما بلغ ولا ينقص عن المسمى وكذلك لو قال آجرتك هذه الدار شهرا بعشرة على أن لا تسكنها فسدت هذه الاجارة فان سكنها يجب أجر المثل (ص ٢٣٠) بالغا ما بلغ يزاد على المسمى ولا ينقص منه وهذا أيضا يرجع الى جهالة المسمى

الصلاة والسلام وهو أن يستأجر ثورا ليطحن له حنطة بقفيز من دقيقه فصار هذا أصلا يعرف به فساد جنسه والمعنى فيه أن المستأجر عاجز عن تسليم الاجر لانه بعض ما يخرج من عمل الاجير والقدرة على التسليم شرط لصحة العقد وهو لا يقدر بنفسه وانما يقدر بغيره فلا يعد قادرا فيفسد ولانه جعل الاجر شيأ لا يمكن تسليمه الا بعمل الاجير العمل الذي يجب عليه بحكم العقد فتكون القدرة التي هي شرط العقد قائمة بحكم العقد فتصير بمنزلة حكم العقد والشرط لا يصلح حكما فكذا لا يصلح قائما به فاذا نسج أو حمل له أجر مثله لا يجاوز به المسمى بخلاف ما اذا استأجره ليحمل له نصف هذا الطعام بنصفه الآخر حيث لا يجب له شيء من الاجر لان الاجير فيه ملك النصف في الحال بالتعجيل فصار الطعام مشتركا بينهما في الحال ومن حمل طعاما مشتركا بينه وبين غيره لا يستحق الاجر لانه لا يعمل شيأ لشريكه الا ويقع بعضه لنفسه فلا يستحق الاجر هكذا قالوا وفيه اشكالان أحدهما أن الاجارة فاسدة والاجرة لا تملك بالصحيحة منها بالعقد عندنا سواء كان عينا أو دينا على ما بيناه من قبل فكيف ملكه هنا من غير تسليم ومن غير شرط التعجيل والثاني أنه قال ملكه في الحال وقوله لا يستحق الاجر بناء في الملك لانه لا يملكه اذا ملكه الا بطريق الاجرة فاذا لم يستحق شيأ فكيف يملكه وبأي سبب يملكه وكان مشايخ بلخ والنسفي يجيزون حمل الطعام ببعض المحمول ونسج الثوب ببعض المنسوج لتعامل أهل بلادهم بذلك وقالوا من لم يجوزه انما لم يجوزه بالقياس على قفيز الطحان والقياس يترك بالتعارف ولئن قلنا ان النص يتناوله دلالة فالنص يختص بالتعامل ألا ترى أن الاستصناع ترك القياس فيه وخص عن القواعد الشرعية بالتعامل ومشايخنا رحمهم الله لم يجوزوا هذا التخصيص لان ذلك تعامل أهل بلدة واحدة وبه لا يخص الاثر بخلاف الاستصناع فان التعامل به جرى في كل البلاد وبمثله يترك القياس ويخص الاثر والحيلة في جوازه أن يشترط قفيزا مطلقا من غير أن يشترط أنه من المحمول أو من الطحون فيجب في ذمة المستأجر ثم يعطيه منه ثم الاصل فيه أنه متى ما جعل المستأجر المحمول كله لنفسه وشرط له الاجر من المحمول فسدت الاجارة فاذا عمل الاجير استحق أجر المثل كمسئلة الكتاب المذكورة ومتى ما جعل المحمول بعضه له والبعض الباقي أجرة بطلت الاجارة وان حمل لا يستحق شيأ لانه ملكه بالعقد وفي الاول لم يملكه على ما بينا وفي الثالث وهو ما اذا استأجره ليخبزله كذا اليوم بدرهم فلان المعقود عليه مجهول لان ذكر الوقت

في الحقيقة كذا قال فخر الدين قاضيخان وانما كان الثوب لصاحب الغزل لانه صاحب الاصل وأما مشايخ بلخ فانما جوزوا ذلك لان الناس تعاملوا بذلك حيث احتاجوا اليه ووجدوا له نظيرا وهو المزارعة والمعاملة اه اتقاني (قوله فصار هذا أصلا يعرف به الخ) قال في الهداية وهذا أصل كبير يعرف به فساد كثير من الاجارات قال الاتقاني أي جعل الاجر بعض ما يخرج من عمل الاجير أصل عظيم يعرف به حكم كثير من الاجارات كما اذا استأجره ليعصر له قفيز سمسم من دهنه وكذلك اذا دفع أرضه ليغرس شجرا على أن يكون الارض والشجر بينهما نصفين لم يجز والشجر لرب الارض وعليه قيمة الشجر وأجر ما عمل كذا في الشامل وكذا اذا استأجره ليغزل هذا القطن أو هذا الصوف برطل من غزله وعلى هذا اجتناء القطن بالنصف ودياس الدخن بالنصف وحصاد الحنطة بالنصف ونحو ذلك كله لا يجوز اه (قوله فكيف ملكه هنا من غير تسليم) الفرض أنه وجد التسليم لانه بمجرد الحمل وجد التسليم اه قارئ الهداية رحمه الله (قوله والثاني أنه قال ملكه في الحال) أي على تقدير الصحة اه (قوله والنسفي) هو أبو علي اسماعيل الحلواني اه (قوله والحيلة في جوازه أن يشترط قفيزا مطلقا الخ) قال الاتقاني رحمه الله قالوا والحيلة في جواز قفيز الطحان أن يشترط صاحب الحنطة قفيزا من الدقيق الجيد ولا يقول من هذه الحنطة لان الدقيق اذا لم يكن مضافا الى حنطة بعينها يجب في الذمة ثم اذا طحن يعطيه صاحب الحنطة من الدقيق ان شاء فيجوز اه (قوله وفي الثالث وهو ما اذا استأجره ليخبزله الخ) قال الحاكم الشهيد في الكافي واذا استأجر الرجل رجلا يعمل له عملا معلوما اليوم الى الليل بدرهم خياطة أو صباغة أو خبزا أو غير ذلك فالاجارة فاسدة عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يجيزها استحسانا ويجعل الاجارة على العمل دون اليوم اه اتقاني ﴿فرع﴾ قال في المختلف والحصر

يوجب كون المعقود عليه هي المنفعة وذكر العمل مع تقدير الدقيق يوجب كون العمل هو المعقود عليه ولا ترجيح لاحدهما على الآخر فنفع المستأجر في وقوعها على العمل لانه لا يستحق الاجر الا بالعمل لكونه أجيرا مشتركا ونفع الاجير في وقوعها على المنفعة لانه يستحق الاجرة بمضي المدة عمل أو لم يعمل ففسد العقد وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا ان الاجارة جائزة ذكر قولهما في كتاب الاجارة من المبسوط ولم يذكره في الجامع الصغير ويكون العقد على العمل دون اليوم حتى اذا فرغ منه نصف النهار فله الاجر كاملا وان لم يفرغه في اليوم فعليه أن يعمله في الغد لان المعقود عليه هو العمل لانه المقصود وهو معلوم وذكر اليوم للتعجيل فكأنه استأجره للعمل على أن يفرغ منه في أول أوقات الامكان فيحمل عليه تصحيحا للعقد عند تعذر الجمع بينهما ويرجح بكون العمل مقصودا دون الوقت وتقدير المعمول يدل عليه لان الاجارة اذا وقعت على المنفعة لا تقدر بالعمل وانما تقدر بالوقت وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه اذا سمى عملا وقال في اليوم جازت الاجارة لان كلمة في للظرف لا لتقدير المدة فلا يقتضي الاستغراق فكان المعقود عليه العمل وهو معلوم بخلاف ما اذا حذفت فانه يقتضي الاستغراق وقد مر نظيره في الطلاق في قوله أنت طالق غدا أو في الغد ولو استأجره ليخبز له كذا من الدقيق على أن يفرغ منه اليوم يجوز بالاجماع والفرق لابي حنيفة رحمه الله أن اليوم هنا لم يذكره الا لاثبات صفة في العمل والصفة تابعة للموصوف غير مقصودة بالعقد ألا ترى أنه لو اشترى عبدا على أنه خباز أو كاتب لم تكن الكتابة والخبز معقودا عليهما مقصودا حتى لا يقابله شيء من الثمن وأما في مسئلة الكتاب ذكر اليوم قصدا كالعمل وقد أضيف العقد اليهما على السواء وليس أحدهما في جعله معقودا عليه بأولى من الآخر لاختلاف أغراض المستأجرين ورغباتهم لان منهم من يميل الى الوقت طمعا في زيادة العمل ومنهم من يميل الى العمل خوفا من بطالة العامل ومضي الوقت بلا عمل وقد تختلف أغراض الاجراء أيضا فمنهم من يميل الى العمل كي يفرغ منه بالعجلة ويشتغل بعمل آخر أو يستريح ومنهم من يميل الى الوقت كي يستحق الاجرة وان لم يعمل فلا يترجح أحدهما على الآخر ففسد قال رحمه الله (وان استأجر أرضا على أن يكربها ويزرعها أو يسقيها ويزرعها صح) لانه شرط يقتضيه العقد لان الزراعة مستحقة بالعقد ولا تتأتى الزراعة الا بالسقي والكراب فكان العقد مقتضيا له فلا يفسد قال رحمه الله (وان شرط أن يثنيها أو يكري أنهارها أو يسرقنها أو يزرعها بزراعة أرض أخرى لا كاجارة السكنى بالسكنى) لان أثر التثنية وكري الانهار والسرقنة يبقى بعد انقضاء مدة الاجارة فيكون فيه نفع صاحب الارض وهو شرط لا يقتضيه العقد فيفسد كالبيع ولان مؤجر الارض يصير مستأجرا منافع الاجير على وجه يبقى بعد المدة فيصير صفقة في صفقة وهو مفسد أيضا لكونه منهيا عنه حتى لو كان بحيث لا يبقى لفعله أثر بعد المدة بأن كانت المدة طويلة أو كان الريع لا يحصل الا به لا يفسد اشتراطه لانه مما يقتضيه العقد لان من الاراضي ما لا يخرج الريع الا بالكراب مرارا وبالسرقنة وقد يحتاج الى كري الجداول ولا يبقى أثره الى القابل عادة بخلاف كري الانهار لان أثره يبقى الى القابل عادة وفي لفظ الكتاب اشارة اليه حيث قال كري الانهار لان مطلقه يتناول الانهار العظام دون الجداول واستئجار الارض ليزرعها بأرض أخرى ليزرعها الآخر يكون بيع الشيء بجنسه نسيئة وهو حرام لما عرف في موضعه وكذا السكنى بالسكنى أو الركوب بالركوب الى غير ذلك من المنافع واليه أشار محمد رحمه الله حين كتب اليه محمد بن سماعة لا يجوز اجارة سكنى دار بسكنى دار بقوله في جوابه له في الكتاب انك أطلت الفكرة وأصابتك الحيرة

وكذلك لو استأجر دابة من الكوفة الى بغداد ثلاثة أيام فهو على هذا الاختلاف اه اتقاني (قوله وعن أبي حنيفة الخ) قال الاتقاني وقال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير وذكر هشام عن محمد أنه قال (١٣١) في قول أبي حنيفة اذا قال استأجرتك لهذا العمل هذا اليوم فالاجارة فاسدة ولو قال في هذا اليوم فالاجارة جائزة قال والمعنى في ذلك أنه اذا قال هذا اليوم جعل اليوم مدة الاجارة واذا قال في هذا اليوم لم يجعل اليوم مدة ولكن جعل اليوم ظرفا لهذا العمل اه (قوله في المتن وان استأجر أرضا على أن يكربها) كربت الارض أكربها كربا وكرابا اذا أثرتها للزرع وفي المثل الكراب على البقر أي لا تكرى الارض الا بالبقر يعنون أن ممارسة كل أمر جرب بآلته وفي لفظ المثل خلاف يعرف في المستقصى وكرى النهر حفره اه غاية (قوله لان أثر التثنية وكري الانهار الخ) والاصل هنا ان ما كان ملائما للعقد لا يكون مفسدا له ثم بعد ذلك نقول انما تستأجر الاراضي لمنفعة المستأجر خاصة فكل فعل ينتفع به المستأجر خاصة كالكراب والزراعة والسقي يكون ملائما للعقد وكل فعل ينتفع به المؤجر خاصة يكون مخالفا للعقد مفسدا له كشرط ابقاء السرقين ورد الارض مكروبة وهو أحد تأويلي التثنية وتكرار الكراب وهو التأويل الآخر في التثنية قال الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير أما التثنية وهي أن يردها مكروبة عند البعض وأن يكربها مرتين عند البعض وهو الصحيح فلانه شرط لا يقتضيه العقد ولاحد المتعاقدين فيه منفعة فصار مفسدا اه اتقاني مع حذف (قوله لم لا يجوز اجارة سكنى دار بسكنى دار الخ) قال الشارح رحمه الله في كتاب القسمة عند قول المصنف رحمه الله دور مشتركة ما نصه قال في اجارة الاصل ان اجارة الدار بمنافع الحانوت لا تجوز اه

(قوله وجالست الخنافي) الخنافي رجل متهم في دينه كذا نقل من حاشية بخط الاتقاني رحمه الله اه (قوله الخنافي) اسم رجل محدث ينكر الخوض على ابن سماعة في هذه المسئلة ومحمد رحمه الله جعل مجالسته اياه زلة هذا كله شطب عليه الشيخ الشلبي رحمه الله بالاحمر وهي حاشية كتبها الشارح على هامش نسخته اه (٢٣٢) (قوله كبيع القوهي بالقوهي نسيئة) يعني أن بيع القوهي بالقوهي

وجالست الخنافي فكانت منزلة أما علمت أن اجارة السكني بالسكني كبيع القوهي بالقوهي نسيئة وهذا مشكل على القاعدة فانه لو كان كذلك لما جاز بخلاف الجنس أيضا لان الدين بالدين لا يجوز وان سلم كان بخلاف الجنس ولان العقد على المنافع ينعقد ساعة فساعة على حسب حدوثها على ما بيناه من القاعدة فقبل وجودها لا ينعقد عليها العقد فاذا وجدت فقد استوفيت فلم يبق دينا فكيف يتصور فيها النسيئة فعلم بذلك أن الاحتجاج به غير مخلص والاولى أن يقال ان الاجارة أجيزت على خلاف القياس للحاجة ولا حاجة الى استئجار المنفعة بجنسها لانه يستغني بما عنده منها فبقي على الاصل فلا يجوز ولا كذلك عند اختلاف الجنس لان حاجة كل واحد منهما الى المنفعة التي ليست عنده باقية ثم لو استوفى أحدهما المنفعة عند اتحاد الجنس فعليه أجر المثل في ظاهر الرواية وذكر الكرخي عن أبي يوسف رحمه الله أنه لا شئ عليه لان تقوم المنفعة بالتسمية والمسمى بمقابلة المستوفى منفعة وهي ليست بمال متقوم وجه ظاهر الرواية أنه استوفى المنفعة بحكم عقد فاسد فصار كما اذا لم يسم الاجر وعند الشافعي رحمه الله يجوز استئجار المنفعة بجنسها لان المنفعة جعلت موجودة عنده فيكون بيع الموجود بالموجود قال رحمه الله (ولو استأجره لحمل طعام بينهما فلا أجر له كراهن استأجر الرهن من المرتهن) أي لو استأجر أحد الشريكين صاحبه لحمل طعام مشترك بينهما لا يستحق الاجر لا المسمى ولا أجر المثل وقال الشافعي رحمه الله يجوز الاجارة وله المسمى لان الاجارة بيع المنافع فتجوز في الشائع كبيع الاعيان مخصوصا على أصله لان المنفعة كالعين عنده فصار كما اذا استأجر دارا مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيها الطعام أو عبدا مشتركا ليخيط له الثياب ولنا أن العقد ورد على ما لا يمكن تسليمه لان المعقود عليه حمل النصف شائعا وذلك غير متصور لان الحمل فعل حسي لا يتصور وجوده في الشائع ولهذا يحرم وطء الجارية المشتركة وضربها لانهما فعلان حسيان لا تصور وجودهما في الشائع ولو تصور لما حرم بخلاف البيع لانه تصرف شرعي فيحتمل وروده على الشائع واذا لم ينعقد لا يجب الاجر أصلا ولانه ما من جزء يحمله الا وهو شريك فيه فيكون عاملا لنفسه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه لان كونه عاملا لنفسه يمنع تسليم عمله الى غيره وبدون التسليم لا يجب الاجر بخلاف الدار المشتركة لان المعقود عليه هناك المنفعة ويتحقق تسليمها بدون وضع الطعام وبخلاف العبد المشترك لان المعقود عليه انما هو ملك نصيب صاحبه وانه أمر حكمي يمكن ايتاعه في الشائع وبخلاف اجارة المشاع عند أبي حنيفة رحمه الله حيث يجب فيه أجر المثل لان فساد العقد فيه للعجز عن التسليم على الوجه الذي أوجبه العقد على ما بينا لانعدام الاستيفاء أصلا فاذا تحقق استيفاء المعقود عليه وجب الاجر وفيما نحن فيه بطلان العقد لتعذر استيفاء المعقود عليه أصلا من حيث انه عامل لنفسه ولا يتصور أن يكون فيه عاملا لغيره في تلك الحالة وقوله كراهن استأجر الرهن من المرتهن يعني لا يجوز استئجار الشريك هنا كما لا يجوز للراهن استئجار الرهن لانه ملكه والمرتهن ليس بمالك حتى يؤجر منه وهذا لان حقيقة الاجارة هي تمليك المنافع بعوض والمرتهن غير مالك للمنافع فلا يملك تمليكها اذ التمليك من غير المالك محال والراهن انما يمكن من الانتفاع به من حيث انه مال له اذ المالك هو المطلق للتصرف الا أنه ممنوع عنه بسبب ما تعلق به حق المرتهن فاذا بطل حقه بالاجارة صار منتفعا به على أنه ملكه لزوال المانع قال رحمه الله (ومن استأجر أرضا ليزرعها أو أي شئ زرعها

نساء انما لم يجز لان أحدا وصف علة الربا كاف لحرمة النساء وهو الجنس في القوهي فكذا في المنافع اذا اتفقت وجد الجنس فيحرم النساء وهذا هو المراد من قوله في المتن الى هذا أشار محمد رحمه الله بيان ذلك أن المنافع لا تملك بالعقل بل على تقدير وجودها شيأ فشيأ فمتى تحقق التأخير ثبت معنى النساء اه اتقاني (قوله وقال الشافعي تجوز الاجارة وله المسمى) أي لانه اجارة ببدل معلوم لعمل معلوم في محل هو ملك المستأجر وقد أرضاه الاجير فيجب الاجر اه غاية (قوله لان الحمل فعل حسي لا يتصور وجوده في الشائع) أي لانه لا يتمايز نصيب المستأجر من نصيب العامل وكل جزء فرضته في الشائع فللعامل فيه نصيب فيكون عاملا في ذلك الجزء لنفسه لا للمستأجر والمستأجر انما استأجره ليعمل له لا لنفسه ولا أجر للعامل لنفسه اه اتقاني (قوله في المتن ومن استأجر أرضا الخ) هذه المسئلة من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يؤاجر الارض ولم يسم أنه يزرع فيها شيأ قال الاجارة فاسدة فان اختصما قبل أن يعمل فيها أفسدتها وان زرعها ومضى زرعها الاجل فله الاجر الذي سمى الى هنا لفظ أصل الجامع الصغير وكان القياس أن يذكر هذه المسئلة في أول ما يجوز من الاجارة عند ذكر مسئلة القدوري وهي قوله ويجوز استئجار الاراضي للزراعة ولا يصح العقد حتى يسمي ما يزرع فيها ولكن مع هذا لا تحمل المسئلة على التكرار لان في مسئلة الجامع الصغير فائدة وهي قوله وان زرعها ومضى الاجل فله الاجر الذي سمى اه اتقاني

(قوله كما اذا أسقط الاجل المجهول) قال الاتقاني كما قلنا فيمن باع شيئا الى الحصاد أو الدياس ثم اسقطا الاجل في المجلس أو بعده قبل أوان الحصاد أو الدياس انقلب جائزا عندنا خلافا لزفر وكما في الصرف بشرط الخيار والاجل اذا أسقط ذلك قبل الافتراق يجوز عندنا استحسانا خلافا لزفر اه (قوله في المتن وان استأجر حمارا الخ) قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي الذي هو مبسوطه وان استأجرها الى مكان معلوم ولم يسم ما يحمل عليها فان اختصما ردت الاجارة لان الاجل يختلف باختلاف المحمول فلا يمكن بيانه لصير المعلوم معلوما فاذا لم يبين فسد العقد فأردت الاجارة عند اختصامهما وان حمل عليها أو ركبها الى ذلك المكان فعليه ما سماه من الكراء استحسانا لانا جعلنا التعيين بالفعل كالتعيين بالقول في حالة ابتداء العقد لان (١٢٣) في حق الحكم ينعقد عند حدوث المنفعة

يزرعها فزرعها فمضى الاجل فله المسمى) لان الارض تستأجر للزراعة ولغيرها من البناء والمراح ونصب الخيم وكذا ما يزرع فيها يختلف فبعضه أقل ضررا بها من بعض فلا يجوز حتى يبين أنه يزرعها و يبين جنس ما يزرع فيها فان زرعها ومضى الاجل جاز استحسانا والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر لانه وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا وجه الاستحسان أن الجهالة قد ارتفعت قبل تمام العقد فينقلب جائزا كما اذا أسقط الاجل المجهول قبل مجيئه والخيار الزائد على ثلاثة أيام قبل مجيء اليوم الرابع وهو على الخلاف قال رحمه الله (وان استأجر حمارا الى مكة ولم يسم ما يحمل عليه فحمل ما يحمل الناس فتلف لم يضمن) لان العين أمانة في يد المستأجر وان كانت الاجارة فاسدة لان الفاسد معتبر بالجيد لكونه مشروعا من وجه لانه مشروع بأصله دون وصفه فلا يضمن ما لم يتعد فاذا تعدى ضمن ولا أجر عليه قال رحمه الله (وان بلغ مكة فله المسمى) لان الفساد كان لجهالة ما يحمل عليها فاذا حمل عليها شيأ يحمل على مثلها تعين ذلك فانقلب صحيحا زوال الموجب للفساد قال رحمه الله (وان تشاحا قبل الزرع والحمل تفسخت الاجارة دفعا للفساد) اذ الفساد باق قبل أن ترتفع الجهالة بالتعيين بالزرع في المسئلة الاولى و بالحمل في الثانية ولو استأجر دابة ثم وجد الاجارة في بعض الطريق وجب عليه أجر مثله قبل الانكار ولا يجب الاجر لما بعده عند أبي يوسف رحمه الله لانه بالجحود صار غاصبا والاجر والضمان لا يجتمعان وقال محمد رحمه الله يجب الاجر كله لانه لم يسلم من الاستعمال فسقط الضمان ذكره في الكافي والله أعلم

﴿باب ضمان الاجير﴾

الاجراء على ضربين أجير خاص وأجير مشترك قال رحمه الله (الاجير المشترك من يعمل لغير واحد) معناه من لا يجب عليه أن يختص بواحد عمل لغيره أو لم يعمل ولا يشترط أن يكون عاملا لغير واحد بل) اذا عمل لواحد أيضا فهو مشترك اذا كان بحيث لا يمتنع ولا يتعذر عليه أن يعمل لغيره والاوجه أن يقال الاجير المشترك من يكون عقده واردا على عمل معلوم ببيان محل يسلم من النقض والاجير الخاص من يكون العقد واردا على منافعه ولا تصير منافعه معلومة الا بذكر المدة أو بذكر المسافة ومنافعه في حكم العين فاذا صارت مستحقة بعقد المعاوضة لانسان لا يمكن من ايجابها لغيره بخلاف الاجير المشترك لان المعقود عليه فيه هو الوصف الذي يحدث في العين بعمله فلا يحتاج الى ذكر المدة ولا يمتنع عليه قبل مثل ذلك العمل من غيره لان ما استحقه الاول في حكم الدين في ذمته وهو نظير السلم مع بيع العين فان المسلم فيه لما كان دينا في ذمته لا يتعذر عليه بسببه قبول السلم من غيره والبيع لما كان بلاقى العين لا يلاقي بعقد من غيره بعد ما باعه فلهذا كان مشتركا والاول أجير وحد وأجير خاص وقد اختلفت عبارات المشايخ

ولو عين في الابتداء صح فكذا في هذه الحالة وكذا لو استأجر عبدا ولم يسم ما استأجره له كذا في شرح الكافي وقال فخر الدين قاضيخان في شرح الجامع الصغير وان اختصما قبل أن يحمل عليه فالقاضي ينقض الاجارة لان العقد فاسد ما لم يحمل عليه وكذا لو استأجر ثوبا ليلبس ولم يبين اللابس لا يجوز لان الناس يتفاوتون في اللابس بعد ذلك يجوز استحسانا وانما قيد بقوله حتى يحمل ما يحمل الناس وأراد به الحمل المعتاد لانه اذا حمل غير المعتاد فتلك الدابة يجب أن يضمن وانما لم يجب الضمان في الحمل المعتاد لعدم المخالفة لان مطلق الاذن ينصرف الى المعتاد ولم تعتد المعتاد والعين أمانة في يد المستأجر لانه قبضها باذن المالك ولم يوجد منه الخلاف بعد ذلك فلا يضمن وهذا لان حكم الفاسد في جنس من

التحق في الاجارة الصحيحة اذا لم يوجد خلاف لا يجب الضمان فكذا في الاجارة الفاسدة فكيف وقد انقلب العقد جائزا بالحمل المعتاد استحسانا اه اتقاني

﴿باب ضمان الاجير﴾

قال الكاكي والاجير فعيل بمعنى مفاعل من باب آجر واسم الفاعل منه مؤاجر لا أجير وقد مر في أول كتاب الاجارات اه الفارغ من ذكر أنواع الاجارة صحيحها وفاسدها شرع في بيان الضمان لانه من جملة العوارض التي تعترض على عقد الاجارة فيحتاج الى بيانه اه اتقاني

(قوله فقال بعضهم الأجير المشترك من يتقبل العمل الخ) قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره الأجير المشترك القصار والصباغ والخياط والصائغ وكل من يستحق الأجر له دون تسليم نفسه ثم قال الكرخي الأجير الخاص من استحق الأجر بوقت دون العمل وذلك كرجل استأجر رجلا شهرا بخمسة دراهم أو كل شهر بخمسة دراهم أو ليقصر معه أو ليخيط معه أو ليعمل عملا من الأعمال سماه كل شهر بكذا وكذا أو كل يوم بكذا أو كل سنة بكذا وكذا فهذا هو الخاص الذي هنا لفظ الكرخي في مختصره وقال في شرح الطحاوي الأجير المشترك هو أن يتقبل العمل من غير واحد وأجير الواحد أن يتقبل العمل من الواحد وفي الأجير المشترك العقد انما يقع على تسليم العمل لا على تسليم النفس والعقد في أجير الواحد يقع على تسليم النفس اليه في المدة لا على تسليم العمل الى هنا لفظ شرح الطحاوي وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي قال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد الأجير المشترك عندنا القصار والخياط والاسكاف وكل من يتقبل الاعمال من غير واحد وأجير الرجل واحد أن يستأجر الرجل ليخدمه شهرا أو ليخرج معه الى مكة أو ما أشبه ذلك والأصل فيه أن كل من ينتهي عمله بانتهاء مدة معلومة فهو أجير واحد وكل من لا ينتهي عمله بانتهاء مدة مقدرة فهو أجير مشترك لانه اذا انتهى عمله عند ما تعذر عليه أن يؤاجر نفسه في تلك المدة من غيره اه اتقاني (قوله وهذا يؤل الى الدور) الجواب أن هذا تعريف بالاجلى والأشهر أو تعريف لما يذكر عاقد سبق ذكره فانه ذكر في باب الاجر متى يستحق بقوله باستيفاء المعقود عليه اه كاكي رحمه الله

(قوله في المتن والمتاع في يده غير مضمون بالهلاك) (١٣٤) قال الكرخي في مختصره فاذا سلم اليه ما استوجب عليه وقبضه فهو أمانة في يده عند أبي حنيفة وزفر والحسن بن زياد وهو قول حماد بن أبي سليمان وقال أبو يوسف ومحمد هو مضمون عليه بالقبض ان هلك في يده أو تلف بوجه من الوجوه ضمنه الا أن يكون من شيء غالب لا يتحفظ من مثله مثل حريق غالب أو عدو مكابر أو سارق كذلك الى هنا لفظ الكرخي في مختصره وعند الشافعي يد الأجير يد أمانة على الأصح وفي قول آخر عنه يد ضمان وفي قول ثالث أن يد الأجير المشترك يد ضمان بخلاف المعين للعمل كذا في وجيز هم اه اتقاني وجه قولهما ما روى في شرح الكافي أن عمر بن الخطاب كان يضمن الصناع ما أفسدوا من متاع الناس أو ضاع على أيديهم وروى في شرح الكافي أيضا أن عليا كان يضمن الخياط والقصار ومثل ذلك من الصناع احتياط الناس أن يضيعوا أموالهم وهذا كان من رأيه بدليا ثم رجع كذا ذكر شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في أول كتاب الاجارات اه اتقاني ﴿فرع﴾ اختلف الأجير وصاحب الثوب فقال الأجير رددت وأنكر صاحبه فالقول قول الأجير عند أبي حنيفة لانه أمين عنده في القبض والقول قول الأمين مع اليمين ولكن لا يصدق في دعوى الأجر وعندهما القول قول صاحب الثوب لان الثوب قد دخل في ضمانه عندهما فلا يصدق على الرد الا ببينة اه بدائع ﴿فرع آخر﴾ قال الاتقاني رحمه الله ثم عندهما ان شاء ضمنه قيمة الثوب مقصورا وأعطاه الأجر لانه قد سلم العمل الى المالك وحدثت بفعله زيادة في الثوب فكان عليه الأجر وعلى الأجير ضمان الزيادة مع الأصل وان شاء ضمنه قيمة الثوب ولم يأخذ أجر القصارة لانه هلك المحل قبل وصول العمل الى يد المستأجر حقيقة فأشبه هلاك المبيع قبل القبض كذا في شرح الكافي في باب متى يجب الأجر للعامل وقال أبو حنيفة في باب ما يضمن فيه الأجير قال أبو حنيفة ان هلك الثوب عند القصار فلا ضمان عليه وهو مؤتمن بعد أن يحلف وكذا الوسرق وكذا جميع العمال لانعدام الجناية منه وعندهما يضمن لانه دخل في ضمانه بالعقد وان لم يتحقق منه جناية اه وقال الكاكي ثم عندهما ان شاء المالك ضمنه مقصورا وأعطى الأجر وان شاء غير مقصور ولا أجر له وكذا لو هلك بفعله فالمالك بالخيار بالاتفاق اه

في حقهما فقال بعضهم الأجير المشترك من يتقبل العمل من غير واحد والأجير الخاص من يتقبل العمل من واحد وقال القدوري المشترك من لا يستحق الأجر حتى يعمل والخاص الذي يستحق الأجرة بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل وهذا يؤل الى الدور لان هذا حكم لا يعرفه الا من يعرف الأجير المشترك والخاص وحكمهما أن المشترك له أن يتقبل العمل من أشخاص لان المعقود عليه في حقه هو العمل أو أثره فكان له أن يتقبل من العامة لان منافعه لم تصر مستحقة لواحد فمن هذا الوجه هي مشتركة والأجير الخاص لا يمكنه أن يعمل لغيره لان منافعه في المدة صارت مستحقة للمستأجر والأجر مقابل بالمنافع ولهذا يبقى الأجر مستحقا وان نقض العمل قال رحمه الله (ولا يستحق الأجر حتى يعمل كالقصار والصباغ) يعني الأجير المشترك لا يستحق الأجرة الا اذا عمل لان الاجارة عقد معاوضة فتقتضي المساواة بينهما فما لم يسلم المعقود عليه للمستأجر لا يسلم له العوض والمعقود عليه هو العمل أو أثره على ما بينا فلا بد من العمل قال رحمه الله (والمتاع في يده غير مضمون بالهلاك) سواء هلك بسبب يمكن التحرز عنه كالسرقة أو بما لا يمكن كالحريق الغالب والغارة المكابرة وهذا عند أبي حنيفة وزفر والحسن بن زياد رحمهم الله وهو القياس وقالا يضمن الا اذا هلك بأمر لا يمكن التحرز عنه لان عمر وعليا رضي الله عنهما كانا يضمنان الأجير المشترك ولان المعقود عليه الحفظ وعقد المعاوضة يقتضي سلامة المعقود عليه عن العيب فيكون المستحق بالعقد حفظا سليما عن العيب الذي هو سبب الهلاك لانه لا يمكنه العمل الا بالحفظ

(قوله ولابي حنيفة ومن تابعه الخ) وقول أبي حنيفة قياس لان المحل أمانة في يده وهلاك الامانة من غير صنع لا يوجب الضمان وقولهما استحسان ووجهه أثر عمر رضي الله عنه اه غاية وكتب مانصه ووجه قول أبي حنيفة ما روى محمد في كتاب الآثار عن أبي حنيفة عن حماد عن ابراهيم ان شريحا لم يضمن أجيرا قط الى هنا لفظ كتاب الآثار وكان حكم شريح بحضرة الصحابة والتابعين من غير نكير يقل محل الاجماع اه اتقاني (قوله في المتن وما تلف بعمله الخ) قال في شرح الطحاوي ولو زحمه الناس (١٣٥) حتى انكسر فانه لا يضمن بالاجماع

فيكون داخلا تحت العقد فيضمن بالهلاك كما في الوديعة اذا كانت بأجر وكما اذا هلك بفعله ولابي حنيفة رحمه الله ومن تابعه أن القبض حصل باذنه فلا يكون مضمونا عليه كالوديعة والعارية ولهذا لا يضمن فيما لا يمكن التحرز عنه كالموت حتف أنفه وكالغصب من العدو الكابر ولو كان مضمونا عليه لما اختلف الحال بل كان مضمونا عليه مطلقا كالغصب والقبض على سوم الشراء أو البيع الفاسد وعكسه الوديعة فانه لا يضمن مطلقا ولا نسلم أن المعقود عليه هو الحفظ بل العمل وانما وجب عليه الحفظ تبعا أو اقتضاء لان المقصود الاعظم لا يتأتى بدون حبس العين ولما لم يمكن العمل الا بحبس العين كان له حبسه ولهذا لا يقابله شئ من الاجر ولو كان المعقود عليه هو الحفظ لكان له حصة من الاجر فصار كأجير الوحد بخلاف الوديعة بأجر لان الحفظ واجب عليه مقصودا بدل و بخلاف ما اذا تلف بعمله لان العقد يقتضي سلامة المعقود عليه وهو العمل فاذا لم يكن سليما ضمن وقد روى عن عمر وعلي رضي الله عنهما أنهما كانا لا يضمنان الاجير المشترك وهو قول ابراهيم النخعي فتعارضت رواياتهما فلا يلزم حجة وقيل هذا اختلاف عصر وزمان وليس بشئ لان الاختلاف موجود بين الصحابة فكيف يتصور أن يحمل على اختلاف الزمان بل الخلاف مبني على أن الحفظ معقود عليه عندهما لانه لا يمكن من ايفاء المستحق وهو العمل الا بحفظ العين ومالا يتوصل الى الواجب الا به يكون واجبا كوجوبه فكان العقد واردا عليه وعنده لا يكون واردا عليه وقد بيناه وبقولهما يفتى اليوم لتغير أحوال الناس و بتعمل صيانة أموالهم وان شرط الضمان على الاجير المشترك في العقد فان شرط عليه فيما لا يمكن الاحتراز عنه لا يجوز بالاجماع لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحدهما فقط وان شرط عليه فيما يمكن الاحتراز عنه ففي الخلاف فعندهما يجوز لانه يقتضيه العقد عندهما وعنده لا يجوز لان العقد لا يقتضيه فيكون اشتراطه فيه مفسدا قال رحمه الله (وما تلف بعمله كخرق الثوب بمرده وزلق الحمال وانقطاع الحبل الذي يشد به المحمل وغرق السفينة من مده فهو مضمون) وقال زفر والشافعي رحمهما الله ليس بمضمون عليه لانه مأذون فيه فلا يجامع الضمان كالمعين للدقاق وأجير الوحد وهذا لان العمل ما عمل بأمره والامر المطلق ينتظم الفعل بنوعيه المعيب والسليم والخرق للضعف في الثوب ولان كان لمعنى في فعله فالاحتراز عنه غير ممكن اذ الدق المصلح ليس في وسعه ولان كان في وسعه فلا يمكنه التحرز عنه الا بجرح عظيم فيكون ملحقا بما ليس في وسعه فصار كالبزاغ والفصاد والحجام والختان وليس الا يضمن تلميذ القصار وهو يعمل بالاجر ولنا أن التلف حصل بعمل غير مأذون فيه فيكون مضمونا كالخرق الثوب بغير أمره وهذا لان الداخل تحت الاذن هو الداخل تحت العقد وهو العمل المسلم لان الاذن ثبت في ضمن العقد على التسليم لان مطلق عقد المعاوضة يقتضي سلامة المعقود عليه عن العيوب على ما مر في البيوع فاذا تلف كان التلف حاصلا بما ليس مأذون فيه فصار كما اذا وضعه في زعاق الخ فان نزع آخر بخلاف معين القصار لانه متبرع وعمل المتبرع لا يتقيد بالسلامة لانه لا يمتنع الناس عن الاعانة مخافة الغرامة و بخلاف البزاغ والفصاد ونحوهما لان العقد فيه لم يتناول العمل المسلم لان في ذلك العمل

لان ذلك بمنزلة الخرق الغالب والفرق الغالب وزانه هو الذي زحم الناس حتى انكسر فانه يضمن بالاجماع الى هنا لفظ شرح الطحاوي اه اتقاني وكتب مانصه ولو زحمه الناس فزلق لا يضمن بالاجماع اه بدائع قوله بالاجماع فيه مخالفة لما سيجيء في كلام الشارح اه وكتب أيضا مانصه قال الشيخ أبو الحسن الكرخي رحمه الله في مختصره وأجمع أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد وابن أبي ليلى انه مضمون بالعمل الذي أحدث عليه الاجير فيضمن القصار ما تخرق من ثوب دفعه أو من متاع دفعه أو بسببه وكذلك الصباغ في ذلك كله ويضمن ابن آدم طي الثوب بان كان يطيه وكذلك الملاح يضمن ما كان من مر أو حدث فيه أو ما تلف بالسفينة بسببه وكذلك الحمال لما حمل من رأسه أو يده أو عثر فسقط مما معه فانه يضمن ذلك وكذلك الحمال والمكاري اذا كان من سوقه أو قوده أو السفينة الذي عمله على المتاع

فسقط المتاع وفسد كل هؤلاء يضمون ما يفسد بالمتاع من فساد لحقه منه عند حدوث عيبه أو بوقوعه (قوله وقال حماد بن أبي سليمان وزفر والحسن بن زياد هو مؤتمن في ذلك لا يضمن الا أن تعدى كما يضمن المودع اذا تعدى ولا يضمن ما عجز عنه من عمل المستأجر عليه لان مأذون له فيه الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله وقال علاء الدين العالم في طريقة الخلاف قال علماؤنا الاجير المشترك يضمن ما جنت يداه استحسانا والقياس أن لا يضمن وهو قول زفر والشافعي وصورة المسئلة اذا دفع ثوبا لقصار فقصره بأجر فتخرق الثوب في يده

(قوله كالمعين للدقاق) أي فانه غير ضامن للثوب اه

(قوله وبخلاف تلميذه لانه أجير الوحد) قال في التحفة ولو تخرق يد أجير القصار لا ضمان عليه ولكن يجب الضمان على الاستاذ لان فعله ينتقل اليه كأنه فعله بنفسه وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي واذا دق أجير القصار ثوبا فخرقه فضمانه على الاستاذ دون الاجير لانا نقلنا فعله الى الاستاذ فكان الضمان عليه ولو وطئ الاجير على ثوب القصار ما لا يوطأ عليه فخرقه كان ضمانه عليه خاصة لانه ليس بمأذون فيه فاقتصر الاتلاف عليه وان كان مما يوطأ فلا ضمان عليه لانه مأذون في وطئه ولو وطئ القصار ثوبا وديعة عنده فتخرق كان ضامنا له وان كان مما يوطأ اذا لم يكن أذن له في بسطه ووطئه لانه أتلفها بغير أمر فيضمن كذا في شرح الكافي اه اتقاني (قوله أجير مشترك) الذي في خط الشارح لان الاستاذ أجير المشترك بالاضافة فتأمل (قوله وانما يجب بالجناية) وعقد الاجارة ليس بجناية فلا يكون سببا للضمان اه (قوله والصحيح أنه لا فرق) قال الاتقاني والصحيح عدم الفرق هكذا روى ابن سماعة عن أبي يوسف في الرضيع اه (قوله في المتن وان انكسر دن في الطريق ضمن الخ) قال في الدراية ليس بقيد فانه لو كسره عمدا فالحكم كذلك عندنا اه كاكي وكتب ما نصه قال في الدراية وقيد في بعض الطريق لانه لو انكسر بعد ما انتهى الى المكان المشروط من جناية يده فلا ضمان عليه وله الاجر كذا (١٣٦) نقل عن الامام صاعد النيسابوري كذا في المبسوط والفوائد الظهيرية اه وكتب أيضا ما نصه فان قيل كيف يضمنه في موضع الحمل ولم يوجد منه سبب الضمان ثم قلنا لانه لما انكسر في الطريق والحمل شيء واحد حكما اذا حمل المستحق بالعقد ما ينتفع به وهو أن يجعله محمولا الى موضع عينه ظهر أنه وقع تعديا ابتداء وفي الحقيقة ابتداؤه سليم وانما صار تعديا عند الكسر فان مال الى الوجه الحكمي فلا أجر له لانه ما استوفى من عمله أصلا وان مال الى الوجه الحقيقي فله الاجر بقدر ما استوفى والاجر والضمان انما لا يجتمعان عندنا في حالة واحدة وقد اختلفت الحالة ههنا وهذا لانه اذا ضمنه في مكان الكسر فقد جعل المتاع أمانة عنده من حيث حمل الى موضع الكسر والاجير يجب في حالة الامانة وانما صار مضمونا في حالة الكسر وهذه حالة أخرى اه كاكي رحمه الله (قوله وأما الخيار الخ) قال في البدائع وأما التخيير على أصل أبي يوسف ومحمد فظاهر لانه وجد جهتا الضمان القبض والاتلاف فكان له أن يضمنه بالقبض يوم القبض وله أن يضمنه بالاتلاف يوم الاتلاف أما على أصل أبي حنيفة فيه اشكال لان عنده الضمان يجب بالاتلاف لا بالقبض فكان لوجوب الضمان سبب واحد وهو الاتلاف فيجب أن يعتبر قيمته يوم الاتلاف ولا خيار له على ما روى عنه والجواب عنه من وجهين أحدهما أنه وجد سببان لوجوب الضمان أحدهما الاتلاف والثاني العقد لان الاجير بالعقد السابق التزم الوفاء بالمعقود عليه وذلك بالعمل المصلح وقد خالف والخلاف من أسباب وجوب الضمان فيثبت له الخياران شاء ضمنه بالعقد وان شاء بالاتلاف والثاني أنه لما لم يوجد منه إيفاء المنفعة في القدر الفائت فقد تفرقت عليه الصفقة في المنافع فيثبت له الخيار ان شاء رضي بتفرقها وان شاء فسخ العقد ولا يكون ذلك الا بالتخيير اه (قوله وأعطاه أجرته بحسابه) أي لانه استوفى بعض عمله اه اتقاني (قوله وان كان من غير صنعه الخ) قال الكاكي رحمه الله وان تلف في يده بغير عمله بان زحمه الناس لا يضمن عند أبي حنيفة خلافا لهما وهي مسئلة الاجير المشترك اه وانظر في الصفحة التي قبل هذه الورقة عند القولة

افساد وانما السلامة المطلوبة من العمل لا تجاوز المعتاد وبعد ذلك السراية والاقتصار مبنيان على قوة المحل في احتمال الالم وسيلان الدم وضعفه عن ذلك وليس في وسعه معرفته والخارج عن الوسع لا يستحق بعقد المعاوضة بحال والتحرز عن التخرق ممكن لانه في وسع القصار يعرف بالنظر في الثوب ما يحتمله من الدق الا أنه ربما يلحقه الحرج فيه وهو ساقط العبرة فيما يلزم العبد بالتزامه وانما يعتبر ذلك في حقوق الله تعالى دفعا للحرج حتى اذا اجتهد وأخطأ يكون معذورا وبخلاف أجير الوحد لما بينه وبخلاف تلميذه لانه أجير الوحد عند استاذه وأجير الوحد لا يجب عليه ضمان ويجب على الاستاذ ما أفسده التلميذ بعمله لان الاستاذ أجير المشترك دون التلميذ ثم صاحب الثوب مخير ان شاء ضمنه قيمته غير معمول ولم يعطه الاجر وان شاء ضمنه معمولا وأعطاه الاجر وقد مر نظيره قال رحمه الله (ولا يضمن به بني آدم) يعني ممن غرق في السفينة أو سقط من الدابة وان كان بسوقه وقوده لان ضمان الآدمي لا يجب بالعقد وانما يجب بالجناية ولهذا لا تحمله العاقلة الا اذا كان بالجناية وقيل هذا اذا كان كبيرا ممن يستمسك على الدابة ويركب وحده والا فهو كالمتاع والصحيح أنه لا فرق قال رحمه الله (وان انكسر دن في الطريق ضمن الحمال قيمته في مكان حمله ولا أجر له وفي موضع الكسر وأجره بحسابه) أما الضمان فلانه تلف بفعله لان الداخل تحت العقد عمل سليم والمفسد غير داخل فيضمن على ما بينا وأما الخيار فلانه اذا انكسر في الطريق والحمل شيء واحد تبين أنه وقع تعديا من الابتداء من هذا الوجه وله وجه آخر وهو أن ابتداء الحمل حصل بأمره فلم يكن تعديا وانما صار تعديا عند الكسر فيميل الى أي الجهتين شاء فان مال الى كونه متعديا ضمن قيمته في الابتداء ولا يجب الاجر لانه تبين أنه كان متعديا من الابتداء وان مال الى كونه مأذونا فيه في الابتداء وانما صار متعديا عند الكسر ضمنه قيمته في موضع الكسر وأعطاه أجرته بحسابه هذا اذا كان الكسر بصنعه بأن زلق أو عثر وان كان من غير صنعه بأن زحمه الناس فانكسر فلا يضمن عند أبي حنيفة

التى على قوله فى المتن وما تلف بعمله الخ نقلا عن البدائع والاتقانى اه (قوله لان العين مضمونة على الاجير المشترك الخ) قال الاتقانى قال فى شرح الطحاوى والراعى بمنزلة الاجير المشترك اذا كان يرعى للعامة فما تلف من سوقه وضربه اياها بخلاف العادة فانه يضمن لانه من جناية يده واذا ساق الدواب على الشرعة فازدحمت على القنطرة ودفعت بعضها بعضا فسقطت فى الماء وعطبت فانه يضمن لانه من جناية يده ولو أن رجلا قال استأجرتك لترعى غنمى خاصة مدة معلومة فهذا أجير الوحد وقال فى الفتاوى الصغرى الراعى اذا كان مشتركا لا يجب عليه رعى الاولاد التى تحدث فان شرط عليه فى أصل العقد يجوز وفى أجير الوحد يجب عليه رعى الاولاد اه (قوله فى المتن ولا يضمن حجام أو برزاغ) قال فى الفتاوى الصغرى والتتمة أيضا اذا شرط على الحجام والبزاغ العمل (١٣٧) على وجه لا يسرى لا يسع هذا الشرط

رضى الله تعالى عنه لان المتاع أمانة عنده وعندهما بضمن قيمته فى موضع الكسر لانه تسلم العمل باتصاله بملكه فيعطيه أجرته ولا يخير فى هذه الصورة عندهما لان العين مضمونة على الاجير المشترك عندهما على ما بينا قال رحمه الله (ولا يضمن حجام أو برزاغ أو فصاد لم يعد الموضع المعتاد) لانه التزمه بالعقد فصار واجبا عليه والفعل الواجب لا يجامعه الضمان كما اذا حد القاضى أو عزر ومات المضروب بذلك الا اذا كان يمكنه التحرز عنه كدق الثوب ونحوه مما ذكرنا من قبل لان قوة الثوب ورقته يعرف به ما يحتمله من الدق بالاجتهاد فأمكن تقييده بالسليم منه بخلاف الفصد ونحوه فانه يبتنى على قوة الطباع وضعفه ولا يعرف ذلك بنفسه ولا ما يحتمله من الجرح فلا يمكن تقييده بالسليم وهو غير السارى فسقط اعتباره الا اذا جاوز المعتاد فيضمن الزائد كله اذا لهم لك وان هلك يضمن نصف دية النفس لانها تلفت بمأذون فيه وغير مأذون فيه فيضمن بحسابه وهو النصف حتى ان لو قطع الحشفة وبرأ المقطوع تجب عليه دية كاملة لان الزائد هو الحشفة وهو عضو كامل فتجب عليه الدية كاملة وان مات وجب عليه نصف الدية لما ذكرنا وهى من أندر المسائل وأغربها حيث يجب الاكثر بالبرء وبالهلاك أقل قال رحمه الله (والخاص يستحق الاجر بتسليم نفسه فى المدة وان لم يعمل كمن استؤجر شهرا للخدمة أو لرعى الغنم) أى الاجير الخاص يستحق الاجر بتسليم نفسه للعمل عمل أو لم يعمل سمى أجيرا خاصا وأجير وحد لانه يختص به الواحد وهو المستأجر وليس له أن يعمل لغيره لان منافعه فى المدة صارت مستحقة له والاجر مقابل بها فيستحقه بما لم يمنعه من العمل مانع حسى كالمرض والمطر ونحو ذلك مما يمنع التمكن من العمل قال صاحب الهداية الاجر مقابل بالمنافع ولهذا يبقى الاجر مستحقا وان نقض العمل قال صاحب النهاية نقض على البناء للمفعول بخلاف الاجير المشترك فانه روى عن محمد رحمه الله فى خياط خاط ثوب رجل بأجر فتقبه رجل قبل أن يقبض رب الثوب فلا أجر للخياط لانه لم يسلم العمل الى رب الثوب ولا يجبر الخياط على أن يعيد العمل لانه لو أجبر عليه كان يجبر بحكم العقد الذى جرى بينهما وذلك العقد قد انتهى بتمام العمل وان كان الخياط هو الذى فتق فعليه أن يعيد العمل لانه هو الذى نقض عمله فصار كأن لم يخط وكذلك الاسكاف والملاح حتى اذا رد الملاح السفينة أو نقض الاسكاف الخياطة أجبر على اعادتها وانما يكون أجيرا وحدا اذا استأجره لرعى الغنم اذا شرط عليه أن لا يرعى لغيره أو ذكر المدة أولا ونحو أن يستأجر راعيا شهر البرعى له غنما مسماة بأجر معلوم فانه جعله أجيرا وحدا وأول الكلام لانه أوقع الكلام على المدة فى أوله وقوله بعد ذلك ليرعى الغنم يحتمل أن يكون لارتفاع العقد على العمل فيصير أجيرا مشتركا لان الاجير المشترك هو الذى يقع عقده على العمل ويحتمل أن يكون لبيان نوع العمل الذى يستحق على الاجير الخاص فى المدة فان الاجارة على المدة لا تصح فى الاجير الخاص ما لم يبين نوع

لانه ليس فى وسعه ذلك ولو شرط على القصار العمل على وجه لا يتخرق صح لان فى وسعه ذلك اه اتقانى (قوله فى المتن أو فصاد) فصد الفصاد من حد ضرب وهو فى الآدمى وبزغ من حد فتح وهو فى الحيوان يقال بزغ البيطار الدابة اذا شقها بالمبزغ وهو مثل مشرط الحجام كذا فى المغرب قاله الكاكى وقال الاتقانى والبطر الشق فى جلد أو غيره يقال بطرت الجلد أبطره وأبطر بطرا وهو أصل بناء البيطار وقالوا رجل يبطر ويبطر ومبطر وكل ذلك راجع الى ذلك كذا فى الجمهرة اه (قوله مما ذكرنا من قبل) قال الاتقانى بخلاف ما اذا هلك من عمل القصار ونحوه لان ذلك من حرفه أو تقصيره لان فى وسعه الاتيان بالعمل المعتاد دون الفساد وذلك لان الفساد اما أن يكون لخرق فى العمل بالدق لا على الوجه الذى يحتمله الثوب أو لخشونة فى الدقة أو لطال

(١٨ - زيلعى خامس) فى الثوب بان كان فيه حمأة أو فساد طى وغير ذلك والرجل اذا كان بصيرا فى صنعته يمكنه التحرز عن ذلك بالمبالغة فى البحث عن الخلل والمراقبة فى الدق فاذا كان ذلك ممكنا والمستأجر ما رضى الا بهذا الشرط انتفى الاذن بالفساد ضرورة اه (قوله فيضمن الخ) لانه ظهر منه التقصير وذلك بأن يوضع ثلاثة أوراق ويقال للعجام اضرب عشرة مثلا على مقدار ورقة وأنت ممن الاثنين دون الثالث فان فعل ذلك فهو حاذق لا يضمن والا ضمن اه اكمل (قوله تجب عليه دية كاملة) هذا قول أبى حنيفة فانه يضمن فى رواية عن محمد رحمه الله تعالى اه (قوله والمطر) حتى لو استأجر ملاحا ليذهب فى البحر فمطر ذلك بعد ما خرج الاجير الى الصحراء لأجله لان تسليم النفس فى ذلك العمل لم يوجد لكان المفروض به كان يفنى المزينانى اه درية

(قوله فلا يتغير حكم الكلام الاول بالاحتمال) قال الاتقاني ولان العمل لما لم يكن معقودا عليه لان المعقود عليه المنفعة لم يكن مضمونا عليه فما تولد منه لا يكون مضمونا الا اذا تعمد الفساد حينئذ يضمن كالمودع وهذا لانه تعذر جعل المعقود عليه نفس العمل أو وصف القصارة لانا لو فعلنا ذلك لفسد العقد لان صورة أجير الوحد أن تكون المدة معلومة واذا كان كذلك فربما يمكنه تحصيل هذا العمل في هذه المدة وربما لا يمكنه وربما يتأتى منه وصف القصارة في هذه المدة وربما لا يتأتى فكان فيه جهالة وغرر وذلك مفسد للعقد فجعلنا المعقود عليه منفعة الاجير لانها معلومة مقدرة بهذا الزمان والدليل على أن المعقود عليه في الاجير الخاص المنفعة لا وصف القصارة وفي المشترك وصف القصارة الاحكام منها أن في الاجير الخاص اذا سلم النفس ولم يستعمله المستأجر يستحق الاجر لانه سلم المعقود عليه وهو المنافع وفي المشترك لا يستحق الاجر لانه لم يسلم المعقود عليه وهو وصف القصارة ومنها ان في الخاص لو استعان بغيره لا يستحق الاجر لانه لم يسلم منافع نفسه وفي المشترك يستحق لانه سلم وصف القصارة ومنها ان في الاجير الخاص لو خاط ثم نقض الخياطة يستحق الاجر لانه سلم منفعة النفس وفي المشترك لا يستحق لانه لم يسلم العمل الى المالك (١٣٨) كذا قال علاء الدين العالم السمرقندي في طريقة الخلاف اه (قوله في المتن ولا يضمن ما تلف في يده) كما اذا ضاع أو سرق ما استؤجر عليه اه ق (قوله في المتن أو بعمله) كالفساد في الطبخ والخبز والتخريق في الغسل ونحو ذلك اه ق (قوله أما الاول) أراد به عدم الضمان فيما تلف في يده اه (قوله فيجب عليه الضمان) حتى لا يقصر في حفظها أولا يأخذ الا بقدر ما يحفظه اه كاكي (قوله وأجير الوحد يعمل في بيت المستأجر) أي ولا يتسلم العين في العادة بل يسلم نفسه فلا يشترط عليه سلامة العين اه اتقاني (قوله فأخذ فيه بالقياس) أي وهو عدم الضمان اه (قوله وأما الثاني) أراد به عدم الضمان فيما تلف من عمله اه (قوله فلان المنافع صارت مملوكة للمستأجر) أي بتسليم نفسه اه كاكي (قوله كأنه فعله بنفسه) فسد من عمله اه (قوله ولان البدل ليس بمقابلة العمل) أي فلا يشترط فيه السلامة من العيب اه كاكي (قوله وهذا لان المبيع منفعته) يعني ان منفعة أجير الوحد هي المبيعة وهي سليمة اه (قوله كالمودع) وعلى هذا أجير القصار وسائر الصناع لان التلميذ أجير خاص فلا يضمن ويضمن الاستاذ ولا يرجع الاستاذ بما ضمن على التلميذ لانه أجير خاص كذا في الايضاح ولا خلاف فيه اه كاكي (قوله مسافة وحملا) راجعان للدابة اه (قوله يجوز أن يجعل الاجر متردد الخ) قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره واذا وقع عقد الاجارة على أحد شيئين وسمى لكل واحد منهما أجرا معلوما فذلك جائز كرجل قال لآخر قد آجرتك هذه الدار بخمسة دراهم أو هذه الاخرى بعشرة أو كان هذا القول في حانوتين أو عبدين أو دابتين أو في مسافتين مختلفتين فقال قد آجرتك هذه الدابة الى واسط بكذا أو الى الكوفة بكذا فذلك كله جائز عندنا جميعا لان الاجر يجب بتسليم أحدهما وهو معلوم في حال وجوبه وكذلك لو دفع الى خياط ثوبا فقال ان خطته فارسيا فلك درهم وان خطته روميا فلك درهمان أو قال للصباغ ان صبغته بعصفر فلك درهم وان صبغته بزعفران فلك درهمان فذلك أيضا جائز لان الاجر يجب بالعمل وكل واحد منهما متميز عن صاحبه الى هنا لفظ الكرخي في مختصره وقال القدوري في شرحه وكذلك ان خيره بين ثلاثة أشياء فان ذكر أربعة لم يجز اه اتقاني

العمل فيقول استأجرتك شهرا للخدمة أو للرعي أو للحصاد فلا يتغير حكم الكلام الاول بالاحتمال فيبقى أجير وحد مالم ينص على خلافه ولو شرط حكم الاجير المشترك فقال على أن ترعى غنم غيري مع غنمي أو أخر المدة بأن استأجره ليرعى له غنما مسماة بأجرة معلومة شهرا كان أجيرا مشتركا لانه جعله أجيرا مشتركا بأول الكلام بايقاع العقد على العمل في أوله وقوله شهرا في آخر الكلام يحتمل أن يكون لايقاع العقد على المدة فيصير أجير وحد ويحتمل أن يكون لتقدير العمل الذي وقع العقد عليه فلا يغير أول كلامه بالاحتمال مالم يصرح بخلافه قال رحمه الله (ولا يضمن ما تلف في يده أو بعمله) أما الاول فلأن العين أمانة في يده لانه قبضها باذنه وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله ظاهر وكذا عندهما لان تضمين الاجير المشترك كان نوع استحسان عندهما صيانة لاموال الناس لانه يتقبل الاعمال من خلق كثير ورغبة في كثرة الاجرة وقد يعجز عن القيام بها فيقع عنده طويلا فيجب عليه الضمان اذا هلكت بما يمكن التحرز عنه حتى لا يتوانى في حفظها وأجير الوحد يعمل في بيت المستأجر ولا يتقبل الاعمال من غيره فأخذ فيه بالقياس وأما الثاني فلأن المنافع صارت مملوكة للمستأجر فاذا أمره بالصرف الى ملكه صح وصار نائبا منابه فصار فعله منقولا اليه كأنه فعله بنفسه ولان البدل ليس بمقابلة العمل بدليل أنه يستحق الاجر وان لم يعمل وهذا لان المبيع منفعته وهي سليمة وانما الخرق في العمل الذي هو تسليم المنفعة وذلك غير معقود عليه فلم يكن مضمونا عليه فلا يشترط فيه سلامته فلا يضمن ما تلف به الا اذا تعمد الفساد فيضمن للتعدي كالمودع قال رحمه الله (وصح تردد الاجر بتردد العمل في الثوب نوعا وزمانا في الاول وفي الدكان والبيت والدابة مسافة وحملا) أي يجوز أن يجعل الاجر متردد ابين تسميتين بجعل العمل متردد في الثوب بين نوعي العمل بان يجعل له الخيار فيهما مثل ان يقول ان خطته فارسيا فبدرهم وان خطته روميا فبدرهمين أو يجعل العمل فيه متردد ابين زمانين مثل أن يقول ان خطته اليوم فبدرهم وان خطته غدا فبنصف درهم فانه يجوز في اليوم الاول دون الثاني وهو معنى قوله وزمانا في الاول أي في المتردد

(قوله أو بجعله متردّدا بين مسافتين في الدابة) قال في الظهيرية في الاجارة رجل اكترى دابة وقال ان ركبتها الى موضع كذا فبكذا وان ركبتها الى موضع كذا فبكذا أو ذكر ثلاثة مواضع جاز استحسانا وفي الزيادة على الثلاثة لا يجوز وذكر محمد رحمه الله لهذا أصلا فقال الاجارة متى وقعت على أحد الشيئين أو على أحد الاشياء الثلاثة وسمى لكل واحد أجرا معلوما بأن قال آجرتك هذه الدار بخمسة دراهم أو هذه الاخرى بعشرة دراهم أو هذه الثالثة بخمسة عشر درهما أو قال ذلك في البيوت الثلاثة أو الحوانيت الثلاثة أو الاعبد الثلاثة أو قال ذلك في المسافات المختلفة بأن قال آجرتك هذه الدابة الى واسط بكذا أو الى الكوفة بكذا أو الى بغداد بكذا أو قال ذلك في أنواع الخياطة الى الثلاثة يجوز وفي الزيادة لا يجوز وفرق بين الاجارة وبين البيع اذا باع أحد هذين العبدين وسمى لكل واحد منهما ثمنا لا يجوز الا أن يشترط الخيار في ذلك للبائع أو للمشتري على ما عرف وفي الاجارة يجوز من غير خيار لان الاجارة يجري فيها من المسامحة ما لا يجري في البيع اه (قوله وهو جواز العقد في اليوم الاول الخ) قالوا في شروح الجامع الصغير في قول أبي حنيفة الشرط الاول جائز والشرط الآخر فاسد اه اتقاني (قوله وعند زفر الشرطان فاسدان) أي فان خاطه في اليوم أو في الغد أو بعد غد يجب أجر المثل لا ينقص عن نصف درهم ولا يزاد على درهم كذا ذكر الزاهد العتابي وغيره قال الكرخي في مختصره فان خاطه من بعد الغد فله أجر مثله في قولهم جميعا اه اتقاني (قوله لانه اجتمع فيها تسميتان في اليومين) بيانه ان ذكر اليوم للتعجيل لانه أتى الاجارة باليوم فاذا كان كذلك تبقى التسمية الاولى في الغد فاذا جاء الغد اجتمع فيه تسميتان وذكر الغد للترفيه كانت التسمية المضافة الى الغد موجودة في اليوم أيضا فيجتمع تسميتان أيضا في اليوم فيلزم البدلان على البدل مقابلة عمل واحد فيفسد العقد في اليومين جميعا اه اتقاني (قوله فخاطه اليوم استحق الدرهم) فدل على ان ذكر الغد للترفيه لا للاضافة والتعليق فاجتمع في اليوم تسميتان فسد لجهالة البدل اه (قوله فخاطه غدا يستحق الدرهم) أي لان العقد المنعقد في اليوم بقي الى الغد لان ذكر اليوم للتعجيل لا للتوقيت فاجتمع في الغد أيضا تسميتان والخياطة واحدة فيجب احدى التسميتين وهي مجهولة وهذه جهالة توجب فسادا في المنازعة اه (قوله لانه لو حمل على التأخير فسد العقد) أي ومتى حمل على التعجيل أو الترفيه لا اه كاكي (قوله ولابي حنيفة رحمه الله ان اليوم للتعجيل) أي لانه وقت الاجارة باليوم ولهذا صحت الاجارة في اليوم الاول بالاتفاق فلو كان لتوقيت لم تصح لانه حينئذ يجتمع الوقت والعمل اه

بين زمانين يجوز في الوقت الاول أو بجعل المنفعة متردّدا في دكان بان قال ان سكنته حدّادا فبدرهمين وان سكنته عطارا فبدرهم أو قال ذلك في بيت أو بجعله متردّدا بين مسافتين في الدابة أو بين حملين بان قال آجرتك هذه الدابة الى بغداد بكذا والى الكوفة بكذا أو بان قال له آجرتكها على أنك ان حملت عليها قنطارا من حنطة فبخمسة وان حملت عليها قنطارا من حديد فبعشرة وكذا لو خيره بين ثلاثة أشياء جاز ولا يجوز أكثر من ذلك على ما بينا في البيوع والمعتبر فيه البيع والجامع دفع الحاجة غير أنه لا يشترط اشتراط الخيار هنا وفي البيع روايتان والفرق على احداهما أن الاجر لا يجب الا بالعمل وعند ذلك يصير المعقود عليه وهو العمل معلوما وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد فتحقق الجهالة على وجه لا ينفع الا باثبات الخيار وفيه خلاف زفر والشافعي رحمهما الله وقد بيناه في البيوع فاذا عرف هذا مجملا فلا بد من الكلام فيه مفصلا ليهتدي الطالب الى معرفة كل واحد منهما بعلتها فنقول أما الاول وهو ما اذا قال ان خطته فارسيا فبدرهم وان خطته روميا فبدرهمين فانما جاز لانه سمى نوعين معلومين من العمل وسمى لكل واحد منهما بدلا معلوما فيجوز كما اذا خيره في البيع بين عبدين على ما بينا في موضعه وأما الثاني وهو ما اذا قال ان خطته اليوم فبدرهم وان خطته غدا فبنصف درهم فالمذكور هنا وهو جواز العقد في اليوم الاول دون اليوم الثاني قول أبي حنيفة رحمه الله وعندهما الشرطان جائزان وعند زفر الشرطان فاسدان لانه اجتمع فيها تسميتان في اليومين لان المسمى في غده والمسمى في اليوم أيضا والمسمى في اليوم هو المسمى في الغد أيضا واعاد ذكر اليوم والغد للتعجيل والترفيه لا غير ألا ترى أنه لو قال خط لي هذا الثوب غدا بدرهم فخاطه اليوم استحق الدرهم وكذا لو قال خط لي هذا الثوب بدرهم اليوم فخاطه غدا يستحق الدرهم فاذا كان كل واحد منهما مسمى في الوقتين فسدت الاجارة لان ذكر البدلين على البدل يقابله مبدل واحد مفسد فصار نظير قوله بعتك هذا العبد الا بألف درهم وفرجلا بألفين ولهما أن ذكر اليوم للتأقيت وذكر الغد للاضافة فهذا حقيقته واستعمالهما للترفيه والتعجيل مجاز والكلام لحقيقته حتى يقوم الدليل على المجاز لا سيما اذا كان حمله على المجاز يؤدي الى الفساد وكل واحد منهما معلوم وبدلهما معلوم فصار نظير خياطة الرومية والفارسية بخلاف حالة الانفراد لانه لو حمل على التأقيت لفسد العقد اذ تعين العمل مع تعين الوقت لا يجتمعان فصرنا الى المجاز بدلالة حالهما اذ مقصودهما الصحة دون الفساد ولابي حنيفة رضي الله تعالى عنه أن اليوم للتعجيل والغد للاضافة والكلام لحقيقته حتى يقوم الدليل على مجازه وقد قام الدليل على ارادة المجاز في ذكر اليوم وهو التعجيل لان مرادهما الصحة وهو متعين في المجاز لان تعين العمل مع التوقيت مفسد فان تعين العمل يوجب كونه أجيرا مشتركا وتعين الوقت

(قوله فاذا كان ذكر اليوم للتعجيل الخ) قال الاتقاني فلما كان ذكر اليوم للتعجيل بقيت التسمية الاولى بالتأخير الى الغد فاجتمع تسميتان في الغد فبطل الشرط الثاني لهذا باعتبار التزاحم وفي اليوم لم يجتمع تسميتان لان التسمية الثانية مضافة الى الغد عدم في الحال فلا جرم وجب المسمى في اليوم وأجر المثل في الغد اه (١٤٠) (قوله لا يزاد على نصف درهم في الصحيح) قال الاتقاني نقلا عن القدوري في شرحه لمختصر الكرخي وهي الرواية الصحيحة اه (قوله وفي الجامع الصغير) أي والاصل اه اتقاني (قوله حدادا) حال من ضمير المخاطب اه اتقاني (قوله فالمذكور قول أبي حنيفة) وأي الامرين فعل استحق المسمى فيه عند أبي حنيفة اه اتقاني وكتب ما نصه قال في اشارات الاسرار فان لم يسكن قال بعضهم يستحق الاقل لانه ثابت بيقين وبعضهم أوجبوا من كل مسمى نصفه واختيار القدوري هو الاول لانه قال في شرحه لمختصر الكرخي فان أمسك الدار ولم يسكن فيها حتى مضت المدة فعليه أقل التسميتين لان الزيادة انما تستحق باستيفاء منفعة زائدة ولم يوجد ذلك فوجب بالتخلية أقل الامرين اه اتقاني (قوله ومطلق العقد لا يتناوله) تقدم في كتاب العارية متنا وشرحا أن مؤنة الرد على المؤجر قال الاتقاني في آخر كتاب الاجارة ولم يذكر صاحب الهداية مؤنة رد العين المستأجرة هنا اعتمادا على ما ذكر في كتاب العارية من مسئلة القدوري بقوله وأجرة رد العارية على المستعير وأجرة رد العين المستأجرة على المؤجر وأجرة رد العين المغصوبة على الغاصب وقال بخلاف في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يستأجر من الرجل الرحى فيحملها فتنقضي الاجارة قال على المؤجر يجيء فيأخذها

لا يوجب كونه أجيرا مشتركا وبينهما تناف فلا يجتمعان فيفسد فتعين المجازي لا يفسد فحملناه على التعجيل وفي الغد لم يقم الدليل على ارادة المجاز وهو الترفيه بل قام الدليل على ارادة الحقيقة وهو الاضافة والتعليق فتركناه على حقيقته لانا لو حملناه على أنه للترفيه يؤدي الى فساد العقد من حيث انه يجتمع في اليوم تسميتان كما قال زفر فوجب حمله على أنه للاضافة كما هو حقيقته ونقصان الاجر في الغد أيضا يدل على ذلك لان ما يكون للترفيه لا تكون أجرته أنقص فاذا كان ذكر اليوم للتعجيل وذكر الغد للتعليق لم يوجد في اليوم الا تسمية واحدة فلم يفسد فاذا خاطه اليوم وجب عليه الدرهم فاذا جاء الغد فسد لوجود تسميتين فيه لان المعلق ينزل بمجيء الغد والتسمية الاولى باقية فيفسد لاجتماع تسميتين في عمل واحد بخلاف خياطة الرومية والفارسية لانه ليس لاحد العقدين موجب في العمل الآخر فكانا عقدين مختلفين كل واحد منهما يبدل مسمى على الانفراد معلوم فافترقا فان خاطه فيه يجب عليه أجر المثل لا يزاد على نصف درهم في الصحيح لانه المسمى فيه وفي الجامع الصغير لا ينقص عن نصف درهم ولا يزاد على درهم لان التسمية الاولى باقية في الغد فتعتبر لمنع الزيادة وتعتبر الثانية لمنع النقصان ولو خاطه بعد غد فالصحيح أنه لا يجاوز به نصف درهم عند أبي حنيفة رضي الله عنه لانه لم يرض بتأخيره الى الغد بأكثر من نصف درهم فأولى أن لا يرضى الى ما بعد الغد والصحيح على قوله ما أنه ينقص من نصف درهم ولا يزاد عليه وأما الثالث وهو ما اذا قال ان سكنت هذا الدكان عطارا فبدرهم وان سكنته حدادا فبدرهمين فالمذكور قول أبي حنيفة رضي الله عنه وعندهما لا يجوز هذه الاجارة وعلى هذا الخلاف القسم الرابع وهو ما اذا قال آجرتك هذه الدابة الى بغداد بكذا والى الكوفة بكذا ولهما أن الاجرة والمنفعة مجهولان لان الاجر في الاجير الخاص يجب بالتسليم من غير عمل ولا يدري أي العملين تقرر وأي التسميتين تجب وقت التسليم بخلاف خياطة الرومية والفارسية لان الاجر لا يجب فيه الا بالعمل وبه ترتفع الجهالة وبخلاف الترديد في اليوم والغد لانه عندهما كمسئلة الرومية والفارسية فلا يجب الاجر الا بعد العمل فعند ذلك هو معلوم فهذا هو القاعدة لهما أن الاجر متى وجب بالتسليم لا يجوز أن يكون مترددا بين شيئين عند التسليم لانه لا يدري أيهما يجب والاجارة تفسد ولابي حنيفة رحمه الله أنه خيره بين شيئين متغايرين وجعل لكل واحد منهما أجرة معلومة فوجب أن يجوز كما في مسئلة الرومية والفارسية والاجارة تعقد للانتفاع فالظاهر أنه يستوفي المنافع وعند الاستيفاء ترتفع الجهالة ولو احتيج الى الايجاب بمجرد التسليم عند عدم الاستيفاء بعد التسليم يجب نصف كل واحد من البدلين عند بعض المشايخ اذ ليس أحدهما بأولى من الآخر فيجعل التسليم لهما والصحيح أنه يجب أقل البدلين لانه لا يكون أكثر ضررا من الانتفاع بأقلهما ضررا وكذا يجوز اذا خيره بين شيئين بان قال آجرتك هذه الدار شهرا بمائة أو هذه الدار بمائتين أو آجرتك هذه الدار بخمسين أو هذا الدكان بعشرين وكذا يجوز بين ثلاثة أشياء ولا يجوز أكثر من ذلك والمعنى قد بيناه في البيوع قال رحمه الله (ولا يسافر بعبد استأجره للخدمة بلا شرط) لان مطلق العقد يتناول الخدمة في الحضر اذ هو الاعم الاغلب وعليه عرف الناس فانصرف اليه اذ المطلق يقيد بمثل هذا من المتعارف فلا يكون له أن ينقله الى خدمة السفر لانه الاشق فصار نظير ما لو استأجر فرسا للركوب وعين الراكب فليس له أن يركب غيره للتفاوت وكذا لو استأجر دار السكنى فانه ليس له أن يسكن فيه حدادا لانه أضر ومطلق العقد لا يتناوله ولان مؤنة الرد على المولى ويلحقه ضرر بذلك فلا يملك الا باذنه

بخلاف العبد الموصى بخدمته حيث لا يتقيد بالمضر لان مؤنته عليه ولم يوجد العرف في حقه ولا يقال لما ملك المستأجر منافعه ينزل منزلة المولى فيه وللمولى أن يسافر به فكذا لهذا لانا نقول انما ملك المولى ذلك لانه يملك رقبته لا لملك المنفعة ألا ترى أن للمولى أن يبيع رقبته وأن يزوجه ولا يملك المستأجر ذلك فكذا ليس له أن يسافر به الا أن يشترط ذلك أو يكون وقت الاجارة متهيئا للسفر وعرف ذلك لان الشرط ملزم والمعروف كالمشروط ولو سافر به ضمن لانه صار غاصبا ولا أجر عليه وان سلم لان الضمان والاجرة لا يجتمعان قال رحمه الله (ولا يأخذ المستأجر من عبد محجور أجر ما فعله له) معناه لو استأجر شخص عبدا محجورا عليه من نفسه فعمل وأعطاه الاجر ليس للمستأجر أن يأخذه منه والقياس له أن يأخذه لان عقد المحجور عليه لا يجوز فيبقى على ملك المستأجر لانه باستعمال صار غاصبا له ولهذا يجب عليه ضمان قيمته اذا هلك ومنافع المغصوب لا تضمن عندنا فيبقى المدفوع على ملكه فكان له أن يسترده وجه الاستحسان أن التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالما ضار على اعتبار هلاك العبد والنافع مأذون فيه فيجوز فتخرج الاجرة عن ملكه فليس له أن يسترده وهذا لان العبد محجور عن تصرف يضر بالمولى لا عن تصرف ينفع المولى ألا ترى أنه يجوز قبوله الهبة بغير اذن المولى لكونه نفعا في حق المولى وجواز الاجارة بعد ما سلم من العمل تمحض نفعا في حق المولى لانه اذا جازت تحصل للمولى الاجر بغير ضرر ولو لم تجز ضاع منافع العبد عليه مجانا فتعين القول بالجواز فاذا جازت الاجارة صح قبض العبد الاجرة لانه العاقد وقبض البدل الى العاقد ومتى صح قبضه لا يكون للمستأجر أن يسترده منه بخلاف ما اذا هلك لعبد في حالة الاستعمال فانه يجب على المستأجر قيمته واذا ضمن صار ملكا له من وقت الاستعمال فيصير مستوفيا منفعة عبد نفسه فلا يجب عليه الاجر وكذا الصبي المحجور عليه اذا آجر نفسه وسلم من العمل كان الاجر له لانه غير ممنوع عما ينفعه من التصرفات ولهذا ملك قبول الهبة وجواز الاجارة بعد الفراغ من العمل نفع محض وفي النهاية الاجر الذي يجب في هاتين الصورتين أجر المثل فان أعتقه المولى في نصف المدة نفذت الاجارة ولا خيار للعبد فأجر ما مضى للمولى وأجر ما يستقبل للعبد وان آجره المولى ثم أعتقه في نصف المدة فللعبد الخيار فان فسخ الاجارة فأجر ما مضى للمولى وان أجازها فاجر ما يستقبل للعبد والقبض للمولى لانه هو العاقد قال رحمه الله تعالى (ولا يضمن غاصب العبد ما أكل من أجره) معناه اذا غصب رجل عبدا فآجر العبد نفسه فأخذ الغاصب من يد العبد الاجرة فأكله فلا ضمان عليه وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا عليه ضمانه لانه أتلف مال الغير بغير اذنه ولا تأويل لان المال للمولى لان اجارة نفسه جائزة على تقدير السلامة على ما بيناه وكسب العبد للمولى لانه تبع لرقبته فيكون الغاصب متملكا بالاخذ منه والاتلاف فيضمن ولابي حنيفة رحمه الله أن الضمان يجب باتلاف مال محرز متقوم وهذا ليس بمحرز لان الاحراز يكون بيده أو بيد نائبه وهذا المال ليس في يده ولا في يد نائبه لان الغاصب ليس نائبا عنه والعبد ليس في يد نفسه بل هو في يد الغاصب وما في يده يكون في يد الغاصب أيضا تبعا لنفسه فلا تصور أن يكون محرزا بحرزه اذ هو لا يحرز نفسه عن الغاصب فكيف يحرز ما في يده عنه وما لم يقع في يد المولى حقيقة أو حكما بالاستناد لا يكون مضمونا له فصار تفويت المال المسروق في يد السارق بعد القطع ولان الاجرة بدل المنفعة والبدل حكمه حكم المبدل ولو أتلف الغاصب المنفعة لا يضمن فكذا بدلها ولان الغاصب لو آجر العبد نفسه وأخذ الاجرة وأكله فلا ضمان عليه فكذا اذا آجر العبد نفسه لان العبد في يده فيكون فعله كفعل المالك لانه هو المالك لرقبته وما تردد بين أصلين يوفر عليه حظه ما أمكن فرجحنا جانب المالك عند بقاء الاجر في يده فقلنا المالك أحق به ورجحنا جانب الغاصب في حق الضمان وقلنا لا ضمان فيه على الغاصب اذا أكله لان الاصل وهو العبد في ضمانه كالمبيع اذا كتسب في يد البائع واستهلك كسبه لا يجب عليه الضمان عند أبي حنيفة رحمه الله لان الاصل في ضمانه وهو المبيع بخلاف ولد المغصوب حيث يجب على الغاصب ضمانه

(قوله لان مؤنته عليه) أي مؤنة الرد على الموصى له بالخدمة دون الوارث اه (قوله ليس للمستأجر أن يأخذ منه) أي ليس للمستأجر أن يسترد من العبد المحجور الاجر اه (قوله فاذا جازت الاجارة) أي بعد ما سلم من العمل اه كاكي (قوله وسلم من العمل) الا ترى لو هلك الصبي من العمل فعلى عاقلة المستأجر لديته وعليه الاجر فيما عمل قبل الهلاك بخلاف العبد المحجور اذا هلك من العمل يجب عليه قيمته ولا أجر عليه لما ذكر أنه صار غاصبا اه كاكي (قوله ولا خيار للعبد) أي بخلاف الصبي اذا بلغ في مدة الاجارة اه كاكي (قوله فأجر ما يستقبل للعبد) قال الاتقاني الاان المولى هو الذي تولى قبض جميع الاجرة وليس للعبد نقضها بعد اختيار المضي عليها وان كان المستأجر عجل الاجرة كلها للمولى قبل أن يعمل العبد شيأ في أول الاجارة فالاجرة كلها للمولى اذا اختار المضي على الاجارة لان المولى قد كان ملك الاجرة قبل عتقه (قوله لانه أتلف مال الغير بغير اذنه) أي لان كسب العبد ملك المولى ولهذا لو كان الكسب قائما بعينه أخذه المولى اه اتقاني

(قوله ولو اجر) أي الغاصب اه (قوله كان الاجر له) أي لا للمالك ولا ضمان على الغاصب بالاكل بالاتفاق وعند الائمة الثلاثة يرجع المالك على الغاصب باجر المثل كما لو آجر العبد نفسه اه كاكي (قوله في المتن وصح قبض العبد أجره) وفائدة هذا تظهر في حق خروج المستأجر عن عهدة الاجر فان الخروج من عهدته يحصل بأدائه الى العبد فيما اذا آجر العبد نفسه فاما اذا آجره المولى فليس للعبد ولاية قبض الاجرة لان العبد ليس بعاقد ولا بوكيل عن العاقد وحقوق العقد ترجع الى العاقد كذا في الايضاح اه معراج الدراية (قوله تحريا) اى طلبا اه (قوله انصرف الثاني الى ما يلي الشهر الاول) أي لو عمل في الشهر الاول دون الثاني استحق أربعة دراهم ولو عمل في الشهر الثاني دون الاول استحق خمسة دراهم اه اتقاني (قوله فصار كما لو صرح به) أي وكذا لو استأجر ثلاثة أشهر شهرين بدرهمين وشهرا بخمسة فالاولان بدرهمين اه كاكي (١٤٣) (قوله في المتن ولو اختلفا في إباق العبد الخ) هذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل استأجر من رجل عبده شهرا بدرهمين فقبضه في أول الشهر ثم جاء في آخر الشهر وهو آبق أو مريض فقال المستأجر أبق حين أخذته وقال المؤاجر ما كان ذلك الا قبل أن تأتيني بساعة قال القول قول المستأجر وان جاء وهو صحيح في يد المستأجر فقال المستأجر أبق حين أخذته أو مرض حين أخذته وكذبه المؤاجر فالقول قول المؤاجر الى هنا لفظ أصل الجامع الصغير اه اتقاني ﴿فرع﴾ قال الاتقاني رحمه الله قبيل باب الاختلاف من كتاب الاجارة ويختم الباب بمسئلة ذكرها شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي رحمه الله في باب اجارة الرقيق من شرح الكافي قال واذا استأجر الرجل عبدا ليخدمه كل شهر بأجر مسمى فهو جائز لان الخدمة المعتادة معلومة ووقتها معلوم فصحت الاجارة وله أن يستخدمه من السحر الى أن ينام الناس بعد العشاء الاخيرة وانما يخدمه كما يخدم الناس القول لان الوقت الذي يحتاج الانسان فيه الى الخدمة هذا الان الناس ينامون بعد العشاء وينتبهون قريبا من طلوع الفجر ويحتاج الاجير الى أن يقوم قبل ليهيئ له أسباب الوضوء ويوقد النار والسراج وأشباه ذلك فلذلك قيدنا به اه (قوله وكذا لو باع شجرا فيه ثمر) أي ثم قال البائع بعت الاشجار دون الثمار والمشتري يقول اشتريتها مع الثمار قالوا ينظر ان كانت الثمار في يد البائع فالقول له وان كانت في يد المشتري فالقول قول المشتري اه كاكي (قوله وقال الصباغ بل أمرتني بصبغه أصفر) أي فالقول لصاحب الثوب قال القدوري في شرحه

بالاتلاف متعديا لانه ليس ببدل المنفعة بل هو جزء الاصل فيضمنه عند التعدي كالاصل ولهذا لو استولدها الغاصب لا يكون الولد له ولو آجر العبد كان الاجر له قال رحمه الله (ولو وجد مولى العبد ما في يد العبد من الاجرة أخذه) لانه وجد عين ماله ولا يلزم من بطلان التقوم بطلان الملك كما في المسروق بعد القطع فانه لم يبق متقوما حتى لا يضمن بالاتلاف وبقي الملك فيه حتى يأخذه المالك قال رحمه الله (وصح قبض العبد أجره) أي لو قبض العبد أجرته من المستأجر جاز قبضه بالاجماع لانه المباشر للعقد وحقوق العقد اليه وتصرفه نفع محض على مامر في عبد غير مغصوب فصح لكونه مأذونا له في التصرف النافع قال رحمه الله (ولو آجر عبده هذين الشهرين شهرا بأربعة وشهرا بخمسة صح والاول بأربعة) لانه لما قال أولا شهرا بأربعة انصرف الى ما يلي العقد تحريا للصحة كما لو سكت عليه لان الاوقات في حق الاجارة بمنزلة الاوقات في حق اليمين أن لا يكلم فلانا لان تنكيرها مفسد فيتعين عقيبها فاذا انصرف الاول الى ما يلي العقد انصرف الثاني الى ما يلي الشهر الاول تحريا للجواز أيضا لانه أقرب الاوقات اليه فصار كما لو صرح به قال رحمه الله (ولو اختلفا في إباق العبد ومرضه حكم الحال) معناه لو استأجر عبدا شهرا مثلا ثم قال المستأجر في آخر الشهر أبق أو مرض في المدة وأنكر المولى ذلك أو أنكر اسناده الى أول المدة فقال أصابه قبل أن يأتيني بساعة يحكم الحال فيكون القول قول من يشهد له الحال مع يمينه لان القول في الدعاوى قول من يشهد له الظاهر ووجوده في الحال يدل على وجوده في الماضي فيصلح الظاهر مرجحا وان لم يصلح حجة كما اذا اختلفا في جريان ماء الطاحونة وهذا اذا كان الظاهر يشهد للمستأجر فظاهر لا اشكال فيه لانه ليس فيه الا دفع الاستحقاق عليه والظاهر يصلح له وان كان يشهد للمؤجر ففيه اشكال من حيث انه يستحق الاجرة بالظاهر وهو لا يصلح للاستحقاق وجوابه أنه يستحقه بالسبب السابق وهو العقد وانما الظاهر يشهد على بقائه واستمراره الى ذلك الوقت فلم يكن مستحقا بمجرد الظاهر وهذا لانهما لما اتفقا على وجود سبب الوجوب أقر بالوجوب عليه ثم بالانكار بعد ذلك يكون متعرضا لنفيه فلا يقبل منه الا بحجة وعلى هذا لو أعتق جارية ولها ولد فقالت أعتقني قبل ولادته فيكون حرا تبعا لي وقال المولى أعتقتك بعد ها فلا يعتق كان القول قول من كان الولد في يده لان الظاهر يشهد له وكذا لو باع شجرا فيه ثمر واختلفا في بيع الثمر معها كان القول قول من في يده الثمر وهذا كله تحكيم للحال قال رحمه الله (والقول لرب الثوب في القميص والقباء والحمرة والصفرة والاجر وعدمه) يعني اذا اختلف رب الثوب والصانع في المخيط بأن قال رب الثوب أمرتك أن تعمله قباء وقال الخياط قميصا أو في لون الصبغ بأن قال صاحب الثوب أمرتك أن تصبغه أحمر فصبغته أصفر وقال الصباغ بل أمرتني بصبغه أصفر أو في الاجرة بأن قال صاحب الثوب عملته لي بغير أجر وقال الصباغ بأجر كان

لمختصر الكرخي (١) فان شاء رب الثوب أخذه وأعطاه أجر مثله اهـ وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي وان أقاما البينة فالبينة بينة الخياط اهـ اتقاني (قوله والفتوى على قول محمد) قال الاتقاني قال شيخ الاسلام خواهر زاده وعليه الفتوى الى هنا لفظ الفتاوى الصغرى والتتمة اهـ

﴿باب فسخ الاجارة﴾

ذكر الفسخ آخرا لان فسخ العقد بعد وجود العقد لا محالة فناسب ذكره آخرا اهـ اتقاني وكتب ما نصه ثم انما يلي المستأجر الفسخ اذا كان المؤاجر حاضرا فان كان غائبا فحدث بالمستأجر ما يوجب الفسخ فليس للمستأجر الفسخ لان فسخ العقد لا يجوز الا بحضور العاقدين أو من يقوم مقامهما اهـ بدائع (قوله فيلزمه جميع البدل) قال الشيخ أبو الحسن الكرخي (١٤٣) في مختصره واذا استأجر الرجل عبدا ليخدمه أو دابة ليركبه الى مكان معلوم أو دارا فحدث فيها عيب يضر بالانتفاع بما استؤجر من ذلك فالمستأجر بالخيار ان شاء مضى على الاجارة وان شاء فسخ وان مضى على ذلك فعليه الاجر تاما لا ينقص منه شيأ وكذلك ان كان الحادث سقوط بيت منها فمضى على الاجارة لا ينقص منه شيأ وان كان ما حدث من جميع ذلك لا ينقص الانتفاع به فلا خيار له والاجارة له لازمة فان بنى المؤاجر ما سقط لم يكن للمستأجر أن يفسخ الاجارة فان كان المؤاجر غائبا فحدث ما يوجب الفسخ فليس للمستأجر أن يفسخ وان سقطت الدار كلها فله أن يخرج كان صاحب الدار شاهدا أو غائبا الى هنا لفظ الكرخي والاصل فيه أن العيب اذا حدث بالعين المستأجرة فان أثر ذلك في المنافع يثبت الخيار للمستأجر كالعبد اذا مرض والدابة اذا مرضت والدار اذا انهدم بعضها لان كل جزء من المنفعة كالمعقود عليه فحدوث عيب فيه قبل القبض يوجب الخيار وان لم يؤثر ذلك في المنافع لا يثبت الخيار كالعبد المستأجر للخدمة اذا ذهبت احدى عينيه وذلك لا يضر بالخدمة أو سقط شعره وكالدار اذا سقط منها حائط لا ينتفع به في سكناها لان العقد ورد على المنفعة دون العين وهذا النقص حصل بالعين دون المنفعة والنقص بغير المعقود عليه لا يثبت الخيار ثم فيما يثبت له الخيار اذا استوفى المنفعة يلزمه الاجر كاملا كالمشتري اذا رضي بالمعيب ثم اذا حدث ما يوجب الفسخ لا يجوز الفسخ الا بحضور المتعاقدين لان حضورهما أو حضور نائبيهما شرط الفسخ فان سقطت الدار كلها فله أن يخرج شاهدا كان صاحب الدار أو غائبا اهـ اتقاني رحمه الله

القول في الكل قول المستأجر أما اذا اختلفا في الخياطة والصبغ فلان الاذن يستفاد من جهة رب الثوب فكان أعلم بكيفيته ولانه لو أنكر الاذن بالكلية كان القول قوله فكذا اذا أنكر وصفه اذ الوصف تابع للاصل لكنه يحلف لانه ادعى عليه شيأ لو أقر به لزمه فاذا أنكره يحلف فاذا حلف فالخياط ضامن وصاحب الثوب مخير ان شاء ضمنه قيمة الثوب غير معمول ولا أجر له أو قيمته معمولا فله أجر مثله ولا يجاوز به المسمى على ما بينا من قبل لانه موافق من وجه وهو في أصل العمل مخالف من وجه وهو في الصفة فيميل الى أيهما شاء وروى ابن سماعة عن محمد رحمه الله أنه يضمن له ما زاد الصبغ فيه لانه بمنزلة الغاصب وقال ابن أبي ليلى القول قول الصباغ لانهما اتفقا على الاذن في الصبغ ثم رب الثوب يدعي عليه خلافا ليضمنه أو ليثبت لنفسه الخيار وهو منكر فكان القول له وجوابه ما بينا وأما اذا اختلفا في الاجر فلان المستأجر منكر تقوم عمله ووجوب الاجر عليه والصانع يدعيه فكان القول للمنكر وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله ان كان الصانع حريفا له أي معاملا له بأن كان يدفع اليه شيأ للعمل ويقاطعه عليه فله الاجر والا فلا لان ما تقدم منهما من المقاطعة يدل على أنه يعمله بأجر فقام ذلك مقام الاشتراط لان العادة قد جرت بالدفع للعمل الى من يخالطه من غير تسمية الاجر للعلم به وقال محمد رحمه الله ان كان الصانع معروفا بهذه الصنعة بالاجر وقيام حاله بها كان القول قوله والا فلا لانه لما فتح الدكان لاجله جرى ذلك مجرى التنصيص عليه اعتبارا لظاهر المعتاد وقولهما استحسان والقياس ما قاله أبو حنيفة رحمه الله لانه منكر وما ذكراه من الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق اذ الظاهر يصلح للدفع لا غير ألا ترى أن ذا اليد يدفع المدعي باليد ثم اذا بيعت بجنب ما في يده دار لا يستحق به الشفعة لما قلنا والفتوى على قول محمد رحمه الله

﴿باب فسخ الاجارة﴾

قال رحمه الله (وتفسخ بالعيب) أي تفسخ الاجارة بالعيب لان العقد يقتضي سلامة البدل عن العيب فاذا لم يسلم فات رضاه فيفسخ كما في البيع والمعقود عليه في هذا الباب المنافع وهي تحدث ساعة فساعة فما وجد من العيب يكون حادثا قبل القبض في حق ما بقي من المنافع فيوجب الخيار كما اذا حدث العيب بالمبيع قبل القبض ثم اذا استوفى المستأجر المنفعة مع العيب فقد رضي بالعيب فيلزمه جميع البدل كما في البيع فان فعل المؤجر ما أزال به العيب فلا خيار للمستأجر لان الموجب للرد قد زال قبل الفسخ والعقد

(١) قول المحشي فان شاء الخ هكذا في الاصل ولعل في العبارة نقصا فلتحرر اهـ

(قوله وهذا يشير الى أن الاجارة لا تنفسخ الخ) ولكن يثبت له حق الفسخ وبه كان يفتي شمس الأئمة السرخسي وشيخ الاسلام واستدل بما روى هشام عن محمد انه لو استأجر بيتا فانهدم ثم بناه الآجر فليس للمستأجر أن يمتنع من القبض ولا للآجر فهذا دليل على أن العقد لم ينفسخ ولكنه يفسخ وهذا لان المنفعة غير فائتة من كل وجه اذ أصل الموضع يسكن بعد انهدام البناء ويتأتى فيه السكنى بنصب فسطاط وفي انقطاع الماء فوات من كل وجه لكنها تحتمل العود فأشبها باق العبد وذلك لا يوجب الانفساخ قال والذي ينفسخ بالانهدام يعود بالبناء ومثله جائز كما في الشاة المذبوحة اذا هلكت في يد البائع ينفسخ العقد ثم اذا دبغ جلدها يعود العقد بقدره فكذا هذا بخلاف السفينة اذا انقضت وصارت ألواحا ثم ركبت وأعيدت سفينة لم يجبر على تسليمها الى المستأجر لان السفينة بعد النقض اذا أعيدت صارت سفينة أخرى ألا ترى أن من غصب ألواحا وجعلها سفينة ينقطع حق المالك فأما عرصة الدار لا تتغير بالبناء عليها اه كاكي (قوله وقال بعضهم تنفسخ) وهذا الذي ذكره هو اختيار القدوري واليه ذهب صاحب التحفة وأبو نصر البغدادي في شرحه واختيار خواهر زاده وشمس الأئمة بخلاف ذلك اه اتقاني رحمه الله (١٤٤) (قوله والاول أصح) قال الاتقاني وفي اجارات شمس الأئمة اذا انهدمت الدار كلها فالصحيح

انه لا تنفسخ الاجارة لكن تسقط الاجرة عنه فسخ أو لم يفسخ اه (قوله في المتن وتنفسخ بموت أحد المتعاقدين) قال الاتقاني وذلك لان المؤجر اذا مات ينتقل الملك منه الى ورثته وعقد الاجارة اقتضى استيفاء المنافع من ملك المؤجر لا من ملك غيره فلو بقي عقد الاجارة يلزم استيفاء المنافع من ملك الغير وهذا لا يجوز وان مات المستأجر وقد عقد الاجارة لنفسه فكل ماله من المال انتقل الى ورثته وعقد الاجارة اقتضى أن تستحق الاجرة من مال المستأجر لا من مال غيره فلو بقي عقد الاجارة بعد موته تكون الاجرة مستحقة من مال غيره وهذا لا يجوز فتعين بطلان الاجارة لعدم امكان بقائه بخلاف ما اذا عقد الوكيل أو الوصي أو متولي الوقف حيث لا يبطل الوقف لان المعنى الذي الموجودة قلنا في العاقد لنفسه لا يجوز في العاقد لغيره ونقل في خلاصة الفتاوى عن باب اجارة الظئر أن أحد المتعاقدين لو جن جنونا مطبقا لا تنفسخ الاجارة وقال في الفتاوى الصغرى بموت الموكل تنفسخ الاجارة وبموت الوكيل لا ونقل في الاجناس عن اجارة الاصل اذا آجر الاب أرض ابنه الصغير أو الوصي ومات لا تبطل الاجارة وكذلك لا تبطل اجارة الظئر بموت والد الصبي الذي استأجرها وتبطل بموت الصبي والمستأجرة وقال الكرخي في مختصره وان مات الظئر قبل المدة أو مات الصبي انتقضت الاجارة وكان لها من الاجر بحسب ما مضى من المدة قبل الموت وقال في الاجناس أيضا لو آجر الوقف ثم مات قبل انقضاء المدة لا تبطل الاجارة ولم يذكر فيه القياس ولا الاستحسان ونقله في الخلاصة عن الذخيرة ثم نقل القياس والاستحسان فقال القياس ان تبطل الاجارة وبه أخذ أبو بكر الاسكاف لانه في معنى المالك لانه ليس لاحد حجره وفي الاستحسان لا تبطل لانه آجر لغيره كالوكيل اه ﴿فرع﴾ قال في القنية آجر الوقف عليه عشر سنين ثم مات وانتقل الى مصرف آخر انتقضت الاجارة ورجع بما بقي من الاجر في تركة الميت اه وما ذكر من الانتقاض هو القياس دون الاستحسان والعمل على الاستحسان والله الموفق

يتجدد ساعة فساعة فلم يوجد فيما يأتي بعده فسقط خياره قال رحمه الله (وخراب الدار وانقطاع ماء الضيعة والرحى) أي تنفسخ الاجارة بهذه الاشياء وهذا يشير الى أن الاجارة لا تنفسخ بهذه الاشياء وقال بعضهم تنفسخ لان المعقود عليه وهو المنافع المخصوصة قد فاتت قبل القبض فصار كهلاك المبيع قبل القبض وموت العبد المستأجر والاول أصح ووجهه أن المنافع قد فاتت على وجه يتصور عودها فأشبه إباق المبيع قبل القبض أو المستأجر وقال في الاصل ان الاجارة في الرحى لا تنفسخ بانقطاع الماء وقد روى هشام عن محمد أن له أن يستأجر بيتا فانهدم فبناه المؤجر وأراد المستأجر أن يسكنه في بقية المدة فليس له أن يمنعه من ذلك وكذا ليس للمستأجر أن يمتنع منه وهذا صريح بأنه لا ينفسخ ولكنه يفسخ ولان أصل الموضع يسكن بعد انهدام البناء ويتأتى فيه السكنى بنصب الفسطاط فبقي العقد لكن لا أجر على المستأجر لعدم التمكن من الانتفاع به على الوجه الذي قصده بالاستئجار ولو انقطع ماء الرحا والبيت مما ينتفع به لغير الطحن فعليه من الاجر بحصته لانه بقي شيء من المعقود عليه فاذا استوفاه لزمته حصته قال رحمه الله (وتنفسخ بموت أحد المتعاقدين ان عقدها لنفسه) وقال الشافعي لا تبطل بموت أحدهما ولا بموتهما الان المنافع عنده كالاعيان القائمة فكما لا تبطل في العين لا تبطل فيها ولنا أن العقد ينعقد ساعة فساعة بحسب حدوث المنافع فاذا مات المؤجر فالمنافع التي تستحق بالعقد هي التي تحدث على ملكه وقد فات بموته فتبطل الاجارة لفوات المعقود عليه لان رقبة العين تنتقل الى الوارث والمنفعة تحدث على ملكه فلم يكن هو عاقدا ولا راضيا به واذا مات المستأجر فالباقي العقد انما يبقى على أن يخلفه وارثه والمنفعة المجردة لا تورث ولهذا لو مات الموصى له بالخدمة لا تنتقل الى ورثته وكذا لو مات المستعير تبطل العارية فكذا الاجارة اذ لا فرق بينهما الا من حيث ان أحدهما بعوض والآخر بغير عوض وذلك لا أثر له في حق الارث كالاعيان المملوكة بعوض أو بغير عوض اذ الوراثة خلافة ولا تصور الا فيما يبقى وقتين ليكون ملك المورث ثابتا في الوقت الاول ويخلفه الوارث فيه في الوقت الثاني ويقوم مقامه فيه بعينه والمنفعة

(قوله بخلاف البيع) متعلق بقوله وفوات بعض المعقود عليه يعني أن فوات بعض المعقود عليه يمنع الرد دون الاجارة اه اتقاني (قوله المبيع) كذا بخط الشارح وعبارة الهداية بخلاف البيع اه (قوله ألا ترى ان المستأجر يجبر على القبض الخ) قال الحاكم الشهيد في مختصره المسمى بالكافي في باب إجارة الدور والبيوت وان استأجر دارا سنة (٥ ج ١) فلم يسلمها اليه حتى مضى شهر وقد طلب اليه التسليم أولم يطلب ثم تهاكا لم يكن للمستأجر أن يمتنع من القبض في باقي السنة ولا للمؤاجر أن يمتنع من التسليم قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجاني في شرح الكافي فرق بين هذا وبين المبيع اذا هلك بعضه حيث يتخير المشتري في الباقي والفرق أن المعقود عليه واحد فاذا هلك بعضه تعيب الباقي أما ههنا فالعقد متعدد لانه ينعقد على حسب حدوث المنفعة فانفساخ ما مضى لا يقتضي انفساخ ما بقي في المستقبل اه اتقاني (قوله ومذهب شريح أن الاجارة الخ) قال الاتقاني وقال ابن أبي ليلى تفسخ بغير عذر أيضا كذا ذكر قاضيخان في شرح الجامع الصغير وهو مذهب شريح كذا في شرح الكافي للفروع (قال شيخ الاسلام علاء الدين السمرقندي في شرح الكافي قال أبو حنيفة ان باعه لم يجز لانه تعلق به حق المستأجر وهو حق الانتفاع لم ينفذ البيع أطلق المستأجر وذلك لا يزول وان كان عليه دين يقضي به فباعه فهذا

الموجودة في حياة المستأجر لانها بقي لتورث والتي تحدث بعد موته لم تكن مملوكة له ليخلفه الوارث فيها فتبين البطلان كعقد النكاح يرتفع بالموت ولا يخلفه فيه ورثته قال رحمه الله (وان عقد هما لغيره لا كالوكيل والوصي والمتولي في الوقف) لبقاء المستحق عليه والمستحق حتى لو مات المعقود له بطلت لما ذكرنا وان مات أحد المستأجرين أو أحد المؤجرين بطلت الاجارة في نصيبه وبقيت في نصيب الحي وقال زفر رحمه الله تبطل في نصيب الحي أيضا لان الشيوع مانع من صحة الاجارة فيكون كالمقارن قلنا الشروط يراعى وجودها في الابتداء دون البقاء كالهبة والشهادة في النكاح قال رحمه الله (وتفسخ بخيار الشرط) وقال الشافعي رحمه الله لا يصح اشتراط الخيار فيها لان المستأجر لا يمكنه رد المعقود عليه بحاله ان كان الخيار له اذ لا بد له من تلف شئ من المنفعة في مدة الخيار وان كان للمؤجر فلا يمكنه التسليم أيضا على الكمال لان ما مضى من المنفعة في مدة الخيار لا يمكن تسليمه وليس له تفريق الصفقة قبل التمام لانها تتم مع خيار الشرط بخلاف البيع لانه يمكن رد جميع المعقود عليه فيه اذ المبيع عين تبقى ولنا أنه عقد معاوضة لا يجب قبضه في المجلس ويحتمل الفسخ بالاقالة فيجوز اشتراط الخيار فيه كالبيع وهذا لان الخيار شرع في البيع لتروى حتى اذا كان فيه غبن وخسارة يفسخ لان الاجارة تقع يقظة من غير سابقة تأمل فيمكن أن تصادف غير موافق فيحتاج الى الفسخ فيجوز له اشتراطه كالبيع بخلاف النكاح فانه لا يقع يقظة بل يتقدمه السوم والتأمل في الموافق فلا يحتاج فيه الى التروي بعد فلا يحتاج اليه ولان النكاح لا يقبل الفسخ بالاقالة فلا يؤثر فيه خيار الشرط ولا يفيد الا ترى أن الاجارة تفسخ بعيب مقارن كالبيع وكذلك النكاح وبخلاف الصرف والسلم لان شرط الخيار فيهما يمنع تمام القبض المستحق بالعقد والعقد فيهما موجب للقبض في المجلس وفوات بعض المعقود عليه لا يمنع الرد بالعيب فكذا اشتراط الخيار الشرط الضرورة بخلاف المبيع لانه يمكن فسخ البيع في جميع المبيع فلا ضرورة الا ترى أن المستأجر يجبر على القبض بعد مضي بعض المدة من غير شرط الخيار للضرورة وفي البيع لا يجبر عليه بعد هلاك بعضه لعدم الضرورة فظهر بذلك أن هلاك بعض المعقود لا يؤثر في منع الفسخ ولا المضي فيها ولان العقد في المنافع يقع متفرقا لانه ينعقد ساعة فساعة على ما بينا فصار كل جزء من أجزاء المنفعة مستحقا بعقد على حدة فلا تتصور فيه تفريق الصفقة اذ هو لا يكون الا فيما لا يتفرق بعقد واحد قال رحمه الله (والرؤية) أي تفسخ بخيار الرؤية أيضا وقال الشافعي لا يجوز اشتراط العلم بالمعقود عليه قلنا الجهالة انما منع الجواز اذا كانت تفضي الى المنازعة وهذه الجهالة لا تفضي اليها لان من رأى داره قد يرضاها وقد لا يرضاها فيحتاج الى خيار الفسخ لان العقد لا يتم الا بالتراضي وقد قال عليه الصلاة والسلام من اشترى شيئا لم يره فله الخيار اذا رآه والاجارة شراء المنافع فيتناوله الخبر لطيف لفظا أو لا قال رحمه الله (و) تفسخ (بالعذر وهو عجز العاقد عن المضي في موجبه) أي موجب العقد (الا بحمل ضرر فادح يحدث) أي بالعقد (كمن استأجر رحلا ليتلع ضرسه فسكن الوجع أو ليطين له سطحا فزال قبل أن يفعل منه أو خاط له ثوبا فلبس قبل أن يقطع منه أو ليحمل له طعاما الى موضع فأكل قبل أن يحمل منه أو خاط له ثوبا فلبس قبل أن يقطع منه أو ليحمل له طعاما الى موضع فأكل قبل أن يحمل منه أو استأجر دابة للسفر فبدا له أن لا يسافر) وقال الشافعي لا تفسخ الاجارة بالاعذار الا بالموت لان المانع عذر فصار كالاعيان ومذهب شريح أن الاجارة غير لازمة وأيهما فسخها فسخ الا في الضرورة كالعارية

(١٩ - زيلعي خامس) عاد ويبعه بأجرة لا يخلص عن عهدة الذي لا يبيعه الى هنا لفظ شرح الكافي وقال في مختصر الطحاوي ومن آجر داره شهرا فمضى الشهر قبل انقضاء المدة فله أن يأخذ المستأجر بدفع المشتري اليه وتنقض البيع عليه فان تقايلا كان متقايلا ولم يعد ذلك وان لم يتقايلا حتى مضت المدة ففي قول أبي يوسف الاول وهو قول أبي يوسف الثاني ورواه عنه أصحاب الاملاء انه قال لا سبيل للمستأجر الى نقض البيع فيها والاجارة فيها كالعيب فيها فان له المشتري قال له فقد برئ البائع منه والمشتري قبض

الدار بعد انقضاء الاجارة فيها وان لم يكن على ذلك كان بالخيار ان شاء نقض البيع فيها للعيب الذي وجد بها وان شاء أمضاه والذي يروه محمد من قول أبي حنيفة أنه ليس للمستأجر نقض البيع ولكنه ان أجاز البيع كان في ذلك ابطال ما بقي من اجارته والقول الاول انما رواه من قول أبي حنيفة غيره الى هنا لفظ الطحاوي في مختصره وقال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي ومن آجر داره ثم باعها قبل انقضاء مدة الاجارة فان البيع جائز فيما بين البائع والمشتري حتى ان المدة لو انقضت كان البيع لازما للمشتري وليس له أن يمتنع عن الاخذ الا اذا طالب المشتري البائع قبل انقضاء مدة الاجارة فلم يمكنه من ذلك وفسخ القاضي العقد فيما بينهما فانه لا يعود جائزا بعد مضي المدة ولو أن المستأجر أجاز البيع جاز وبطلت الاجارة فيما بقي من المدة ولو فسخ فانه لا ينفسخ البيع بينهما حتى ان المدة اذا انقضت كان للمشتري أن يأخذ هذا في ظاهر الرواية وروى الطحاوي عن أبي حنيفة ومحمد أن المستأجر له أن ينقض البيع فاذا نقض البيع فانه لا يعود وروى عن أبي يوسف أنه قال ليس للمستأجر نقض البيع والاجارة فيها كالعيب (١٤٦) فان كان المشتري عالما وقت الشراء بالاجارة فليس له أن يطالب البائع بتسليم الدار الى أن يمضي وقت الاجارة وان لم يكن عالما وقت الشراء فهو بالخيار ان شاء نقضه بالعيب وان شاء أمضاه وكذلك هذا الحكم في الاقرار اذا أقر بدار لرجل بعد ما آجرها فان اقراره يصح في حق نفسه

ولا حاجة الى اثبات صفة اللزوم فينفرد كل واحد منهما بالفسخ من غير عذر كالعارية قلنا هي عقد معاوضة فيلزم من الجانبين كالبيع وكونه أجير الحاجة لا يدل على عدم لزومه ألا ترى أن المسلم أجير للحاجة ويلزم اذا وقع بخلاف العارية فانها عقد تبرع فلا يلزم على ما بينا ثم المنافع غير مقبوضة في الاجارة فصار العذر فيها كالعيب قبل القبض في البيع فينفسخ به اذ المعنى يجمعهما وهو عجز العاقد عن المضي في موجبه الا بتحمل ضرر زائد لم يستحق بالعقد وهذا هو معنى العذر وفي كل واحد من الامثلة التي ذكرها عذر ظاهر وفي المضي فيها ضرر بين فوق ضرر العيب فيجوز له الفسخ وهذا لان جواز هذا العقد للحاجة ولزومه لتوفير المنفعة على المتعاقدين فاذا آل الامر الى الضرر أخذنا فيه بالقياس فقلنا العقد في حكم المضاف في حق المعقود عليه والاضافة في عقود التمليكات تمنع اللزوم في الحال كالوصية ثم قال في الجامع الصغير وكل ما ذكرنا أنه عذر فان الاجارة فيه تنتقض وهذا يشير الى أنه لا يحتاج فيه الى قضاء القاضي لانه بمنزلة العيب في البيع قبل القبض فينفرد العاقد بالفسخ وفي الزيادات أن الامر يرفع الى الحاكم ليفسخ الاجارة لانه فصل مجتهد فيه فيتوقف على قضاء القاضي كالرجوع في الهبة قال شمس الائمة السرخسي هذا هو الاصح ومنهم من وفق فقال اذا كان العذر ظاهرا انفسخ والا فيفسخه الحاكم وقال قاضيخان والمحبوبي هو الاصح والعذر الظاهر مثل استئجار الحداد لقلع الضرس ثم سكن الوجع أو الطباخ ليطبخ الوليمة ثم خالع المرأة وقوله أو آجره ولزمه دين أي آجر الدكان ثم لزمه دين ولا يقدر على ايفائه الا من ثمن ما آجر واختلفوا في كيفية فسخه فقال بعضهم يبيع الدار أولا فينفذ بيعه وتنفسخ الاجارة ضمنا لبيعه وقال بعضهم يفسخ الاجارة أولا ثم يبيع قوله ولزمه دين بعيان أو ببيان أو باقرار وانما ذكره ليبين انه لا فرق في ثبوت الدين بين أن يكون بمشاهدة أو باقامة بينة أو باقرار اذ بالكل يلحقه ضرر لانه يحبس به فيتضرر وقوله أو استأجر دابة للسفر فبدا له منه لا للمكاري أي لو استأجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له أن لا يسافر يعذر ولو بدا للمكاري لا يعذر لان المكتري بالسفر يلزمه مشقة وضرر وربما يفوت ما يسافر لاجله كالحج وطلب الغريم والمكاري لا يلزمه ذلك الضرر لانه يمكنه أن يقعد ويبعث على يد تلميذه أو أجيره وكذا المريض لما ذكرنا وروى الكرخي أنه عذر لانه لا يعرى عن ضرر لان غيره لا يشفق على دابته

(١) قوله وقال بعضهم الخ) ظاهر عبارة الكافي رجحان القول السابق على هذا والله الموفق اه (قوله وقوله أو استأجر دابة الخ) قال الاتقاني وجملة هذا ما ذكر شيخ الاسلام في شرح الكافي للحاكم الشهيد قال وان استأجر دابة الى بغداد وهي بعينها ثم بدا للمستأجر أن يقعد فلا يخرج فهذا عذر لانه قد تعلق مصلحته بالسفر في زمان دون زمان فاذا وقع الاستغناء عنه اندفعت الحاجة بدونه فيكون عذرا وكذلك لو أراد الخروج في طلب غريم له أو عبد آبق فرجع بغير غريم أو انعدلان الحاجة قد اندفعت مثله وكذا المرض أو لزمه غريم أو خاف أمرا أو نفقت الدابة أو أصابها شيء لا يستطيع الركوب معه كان هذا عذرا لانه يتعذر عليه الانتفاع بالمحل المستأجر فان لم يكن الامر على ما ذكرت لك وأراد رب الدابة أن ينقض الاجارة ليس له ذلك لانه لا عذر وان عرض لرب الدابة مرض لا يستطيع الشخوص فيه مع دابته لم يكن لرب الدابة أن ينقض الاجارة ولكنه يؤمر أن يرسل معه رسولا يتبع الدابة وكذا لو أخذه غريمه لان الانتفاع يقع بالدابة ولا مانع في حقها واقامة غيره مقام نفسه ممكن فانتفى الضرر فبقي العقد على ما كان وان عطبت كان هذا عذرا لانه يعجزه عن الانتفاع بها وهذا اذا استأجر دابة بعينها فأما اذا كانت بغير عينها لم يكن هذا عذرا لان العجز عن تسليم دابة بعينها لا يكون عجزا عن تسليم دابة مطلقة فيؤمر أن يأتيه بدابة يحمل عليها لانه التزم العمل اه (قوله لانه لا يعرى عن ضرر) روى الكرخي في مختصره بقوله

(١) هنا بياض بالاصل مقدار سطرين ونصف وكتب عليه المجرد ما نصه قد نبه الشيخ الشلبي رحمه الله في آخر هذه الحاشية وقال بقيتها في الصفحة السابقة فلم تجد بقيتها فليعلم ذلك اه كتبه مصححه

وقال أبو يوسف ان مرض المؤاجر أو أصاب ابله داء فله أن يفسخ اذا كانت بعينها اه اتقانى (قوله فى المتن ولو أحرق حصائد أرض الخ) مسائل منثورة أى نثرت عن أماكنها وذكرت هنا تلافيا لما فات اه وجد ذلك مكتوبا بخط الشيخ الشلبى رحمه الله (قوله هذا اذا كانت الرياح هادية) هادية وهادئة بالهمز معناهما ساكنة اه من خط الشارح رحمه الله (قوله فوضعه على العلاة) قال فى الصحاح والعلاة السندان والجمع العلا ويقال للناقة علاة تشبه بها فى صلابتها يقال ناقة علاة الخلق اه (قوله وأحرق شيأ) أى أوفقا عينه فديته على عاقلته اه اتقانى (قوله والقياس أن لا يصح) والطحاوى أخذ فى هذه المسئلة (١٤٧) بالقياس وقال عندى القياس أولى من الاستحسان اه كاكى (قوله فالعامل أجيره بالنصف) أى بنصف ما يتقبل اه كاكى ﴿فرع﴾ وفى المحيط اشترط عقبة للاجير وهو أن يستأجرها اثنان ينزل أحدهما ويركب الآخر ولم يبينا مقدار ركوب كل واحد جاز للعرف وبه قالت الائمة الثلاثة وقال المزنى لا يجوز اكتراء العقبة الا مضمونة فى الذمة وهو أن يبين مقدار ركوب كل واحد بالزمان أو الفرسخ والحاصل أن اكتراء العقبة أى الظهر مبنى على العرف اذ المعروف كالمشروط اه معراج (قوله فى المتن وان استأجر جملا ليحمل عليه محملا وراكبين الخ) قال فى الشامل فى قسم المبسوط استأجر بعيرين الى مكة ليحمل على أحدهما محملا فيه رجلان وما لهما من الوطاء والدثر فرآهما ولم ير الوطاء وعلى الآخر زاملة عليه كذا مختوما من السويق وما يكفى من الماء ولم يبين قدره وما يصلح من الخل والزيت والمعاليق ولم يبين وزنه أو شرط أن يحمل من مكة من هدايا مكة ما يحمل الناس فهو فاسد قياسا لجهالة الحمل وجاز استحسانا لان التعامل جرى به ويحمل قربتين من ماء واداوتين من أعظم ما يكون كذا فى الشامل اه اتقانى قوله وجاز استحسانا أى للتعارف وله أن يحمل ما هو متعارف وحكى مثله عن مالك وقال الشافعى وأحمد لا بد من معرفة المحمل والوطاء والدثر والمعاليق وتقدير الزاد لما ذكرنا انه مجهول جهالة تفضى الى المنازعة وهو القياس قاله الكاكى رحمه الله (قوله وهو معلوم) أى لان أجسام الناس متقاربة فى الغالب اه كاكى (قوله يزول بالصرف الى المعتاد) أى فلا يؤدى الى المنازعة اه كاكى (قوله وكذا اذا لم ير الوطاء) يعنى يجوز العقد استحسانا اه والوطاء الفرش المفروشة اه كاكى

مثله وهو لا يمكنه الخروج بخلاف ما اذا لم يمرض وعلى رواية الاصل ليس بعذر لما ذكرنا قال رحمه الله (ولو أحرق حصائد أرض مستأجرة أو مستعارة فاحترق شئ فى أرض غيره لم يضمن) لان هذا تسبيب وشرط الضمان فيه التعدى ولم يوجد فصار كما لو حفر بئرا فى ملك نفسه فتلف به انسان بخلاف ما اذا رمى سهما فى ملكه فأصاب انسانا حيث يضمن لانه مباشر فلا يشترط فيه التعدى لان المباشرة علة فلا يبطل حكمها بعذر والتسبب ليس بعلة فلا بد من التعدى ليلتحق بالعلة واحراق الحصائد فى مثله مباح فلا يضاف التلف اليه قال شمس الائمة السرخسى رحمه الله هذا اذا كانت الرياح هادية حين أوقد النار ثم تحركت لانه لا صنع له فى تحريكها وأما اذا كانت الرياح مضطربة ينبغى أن يضمن لانه يعلم انها لا تستقر فلا يعذر فيضمن وذكر فى النهاية معزيا الى التمرتاشى أنه لو وضع جمرة فى الطريق فأحرقت شيأ ضمن لانه متعد بالوضع ولو رفعته الريح الى شئ فأحرقته لا يضمن لان الريح نسخت فعله ولو أخرج الحداد الحديد من الكير فى دكانه فوضعه على العلاة وضربه بمطرقة وخرج شرار النار الى طريق العامة وأحرق شيأ ضمن ولو لم يضربه ولكن أخرج الريح شيأ فأحرق شيأ لم يضمن ولو سقى أرضه سقيا لا تحتمله الارض فتعدى الى أرض جاره ضمن لانه لم يكن منتفعا فيما فعل بل كان متعديا قال رحمه الله (وان أقعد خياط أو صباغ فى حانوته من يطرح عليه العمل بالنصف صح) وهذا استحسان والقياس أن لا يصح لان المتقبل للعمل ان كان صاحب الدكان فالعامل أجيره بالنصف وهو مجهول ولان الاجرة بعض ما يخرج من العمل فصار كقفيز الطحان وان كان المتقبل هو العامل فهو مستأجر لموضع جلوسه من دكانه بنصف ما يعمل وذلك مجهول أيضا وجه الاستحسان أن هذه شركة الصنائع وليست باجارة لان تفسير شركة الصنائع أن يكون العمل عليهما وان كان أحدهما يتولى العمل بحذاقته والآخر يتولى القبول بوجاهته واذا وجدنا له سبيلا الى الجواز وهو متعارف وجب القول بصحته فيكون العمل واجبا عليهما والقبول جائزا لهما اذ ليس فى كلامهما الا تخصيص أحدهما بالتقبل والآخر بالعمل وتخصيص الشئ بالذكر لا يدل على نفى ما وراءه فأمكننا اثبات الشركة فى التقبل والعمل اقتضاء ولو صرحا بشركة التقبل فعمل أحدهما ما قبله صاحبه أو ما قبله بنفسه ولم يعمل الآخر لعذر به من مرض ونحوه كانت الاجرة بينهما على ما عرف فى موضعه فكذا هنا وقول صاحب الهداية هذه شركة الوجوه فى الحقيقة فهذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل فيه نوع اشكال فان تفسير شركة الوجوه أن يشتركا على أن يشتريا شيأ بوجوههما ويبيعا وليس فى هذه بيع ولا شراء فكيف يتصور أن تكون شركة الوجوه وانما هى شركة الصنائع على ما بينا قال رحمه الله (وان استأجر جملا ليحمل عليه محملا وراكبين الى مكة صح وله المحمل المعتاد) والقياس أن لا يجوز وهو قول الشافعى لان المحمل مجهول فيفضى الى المنازعة وجه الاستحسان أن المقصود هو الراكب وهو معلوم والمحمل تابع وما فيه من الجهالة يزول بالصرف الى المعتاد وكذا اذا لم ير الوطاء وهو المهاد والدثر وهو ما يلقيه المرء على نفسه والمراد ما يلقيه الراكب على نفسه قال رحمه الله (ورؤيته أحب) أى رؤية

(قوله ردّ عوض ما أكل) أي وكذا غير الزائد من المكيل أو الموزون اه هداية (قوله وقال بعض أصحاب الشافعي الخ) وهذا الخلاف اذا أطلق أما اذا شرط الاستبدال يستبدل بلا خلاف ولو شرط عدم الاستبدال لا يستبدل بلا خلاف ولو سرق أو هلك بغير أكل أو با كل غير معتاد يستبدل بلا خلاف اه كاكي (قوله وهذا هو معنى الاضافة) قلت وليس ماذكروا المراد باضافتها وانما المراد اضافة العقد الى الزمان المستقبل كان يقول آجرتك هذه الدار غدا شهرا بكذا أو يقول وهو في يوم السبت مثلا آجرتك هذه الارض يوم الجمعة سنة بعشرة أو قال وهو في رجب أو في ربيع الاول آجرتك داري هذه رأس شعبان شهرا بكذا ونحو ذلك وقد اختلف المشايخ في هذه الاجارة فاختار الشيخ ظهير الدين أن الاجارة المضافة لا تجوز وقال صاحب المحيط اضافة الاجارة الى وقت في المستقبل جائزة وقال في الفصول المختار أنها جائزة وكذا قال صدر الاسلام قال في الذخيرة فلو أراد نقضها قبل مجيء الوقت فعن محمد فيه روايتان في رواية لا يصح النقض وفي رواية يصح وجه هذه الرواية أنه لم يثبت (١٤٨) للمستأجر حق في هذا العقد لانه غير منعقد أصلا ولهذا لا يملك الاجرة بالتعجيل

في هذه الاجارة ووجه الرواية الاولى أن العقد انعقد فيما بين المتعاقدين وان لم ينعقد في حق الحكم والاجر بالنقض يريد ابطال العقد المنعقد حقا للمستأجر فلا يقدر على ذلك وعلى هذه الرواية يملك الاجرة بالتعجيل في هذه الاجارة واذا باع المؤجر العين المؤجرة في الاجارة المضافة قبل مجيء ذلك الوقت ذكر شمس الائمة الحلواني في رهن الجامع أن فيه روايتين في رواية لا ينفذ البيع ولا تبطل الاجارة المضافة وفي رواية ينفذ البيع وتبطل الاجارة وبه أفتى شيخ الاسلام وفي فتاوى قاضيخان والفتوى على أنه ينفذ البيع وتبطل الاجارة المضافة وهو اختيار شمس الائمة الحلواني اه شرح الوقاية للشيخ قاسم رحمه الله (قوله وفسخها معتبر بها فتجوز اضافته) قال الشيخ قاسم في شرح النقاية قلت اذا كان لا تجوز المعنى باضافتها أنها تنعقد ساعة فساعة على ما ذكر فلا يصح اذ فسخها يعتبر بها والله أعلم اه قلت وظاهر كلامه هنا والذي نقلناه عنه عند قوله سابقا وهذا هو معنى الاضافة أنه اعتراض على الشارح رحمه الله وأقول لا اعتراض عليه لقوله أن هذه المقالة أي مضافا الى الزمان المستقبل وماذكر من قوله ولهذا قلنا الى قوله وهذا هو معنى الاضافة انما هو استيضاح منه لصحة اضافة الاجارة الى الزمان المستقبل فان القياس عدم جواز الاجارة لكون المنافع معدومة لكن استحسن جوازها وصارا لعقد مضافا الى حدوث المنافع فينعقد العقد في كل جزء من المنفعة على حسب حدوثها شيأ فشيأ ولذا قالوا ان عقد الاجارة في حكم عقود متفرقة كما أوضحه الشارح رحمه الله عند قول المصنف والاجرة لا تملك بالعقد فاذا ثبت أن الاجارة في حكم عقود لانعقادها ساعة فساعة وهي بهذا المعنى مضافة فلا خفاء حينئذ في جواز اضافتها الى الزمان المستقبل فقد بان لك أن ليس المراد من قوله وهذا هو معنى الاضافة الاضافة التي أرادها المصنف هنا كيف والشارح يصرح بأن المراد الاضافة الى الزمان المستقبل فافهم ترشد والله الموفق هذا ما ظهر لكاتبه بلغه الله مقاصده بجاه محمد وآله

الكاري أحمل أجود لانه أبعد من الجهالة وأقرب الى العلم بتحقق الرضا منه قال رحمه الله (ولمقدار زاد فأكل منه رد عوضه) أي ان استأجر جملا يحمل عليه مقدارا من الزاد فأكل منه في الطريق رد عوض ما أكل وقال بعض أصحاب الشافعي ليس له أن يرد عوض ما أكل لان عرف المسافرين أنهم يأكلون الزاد ولا يردون بدله والمطلق يحمل على المتعارف بخلاف الماء حيث يكون له الرد اذا نفد ماء عنده لان العرف بينهم جرى برده عند نفاده ولنا أنه استحق عليه حملا مقدرا في جميع الطريق فله أن يستوفيه وصار كالماء والعرف مشترك فان بعض المسافرين يردون فلا يلزم اذا عرف البعض أو يحمل فعل من لا يرد على أنهم استغنوا عنه فلا يلزم حجة ولهذا يرده بعضهم وهم المحتاجون اليه قال رحمه الله (وتصح الاجارة وفسخها والمزارعة والمعاملة والمضاربة والوكالة والكفالة والايصاء والوصية والقضاء والامارة والطلاق والعتق والوقف مضافا) أي مضافا الى الزمان المستقبل لان الاجارة تتضمن تمليك المنافع والمنافع لا يتصور وجودها في الحال فتكون مضافة ضرورة ولهذا قلنا تنعقد ساعة فساعة على حسب وجود المنفعة وحدوثها على ما بيناه في أول الكتاب وهذا هو معنى الاضافة وفسخها معتبر بها فتجوز اضافته ألا ترى أن البيع لما لم يجز اضافته لا يجوز اضافة فسخه أيضا الى الزمان وهو الاقالة لانه معتبر به والمزارعة والمعاملة وهي المساقاة اجارة لان من يجيزهما يجيزهما على أنهما اجارة فيجوز اضافتهما لما ذكرنا والمضاربة والوكالة من باب الاطلاق وكل ذلك يجوز اضافته على ما نبينه والكفالة التزام المال ابتداء فيجوز اضافتها وتعليقها بالشرط كالنذر لكن فيها تمليك المطالبة فلا يجوز تعليقها بمطلق الشرط بل بشرط ملائم بخلاف الوكالة فانه يجوز تعليقها بمطلق الشرط اذا كان متعارفا والايصاء وهو اقامة الشخص مقام نفسه في التصرف بعد الموت والوصية وهي تمليك المال بعد الموت لا يكونان الا مضافين اذ الايصاء في الحال لا يتصور الا اذا جعل مجازا عن الوكالة والقضاء والامارة يجوز تعليقهما بالشرط واضافتهما الى الزمان لانهما تولية وتفويض محض فجاز تعليقهما بالشرط ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام أمّر زيد بن حارثة ثم قال ان قتل زيد فجعفر وان قتل جعفر فعبد الله بن رواحة رواه البخاري قال رحمه الله (لا البيع واجارته وفسخه والقسمة والشركة والهبة والنكاح والرجعة والصلح عن مال وابراء الدين) يعني هذه الاشياء

ذكر كتاب المكاتب عقيب كتاب العتاق كان أنسب ولهذا ذكر الحاكم الشهيد في الكافي كتاب المكاتب وكتاب الولاء عقيب كتاب العتاق لان الكتابة مآلها العتق بمال والولاء حكم من أحكام العتق أيضا وقيل في وجه مناسبة ايراد كتاب المكاتب بعد كتاب الاجارة ان كل واحد من كتاب الاجارة والكتابة عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه الى ذكر العوض بالايجاب والقبول بطريق الاصالة وقولنا بمقابلة ما ليس بمال احتراز عن البيع والهبة بشرط العوض وقولنا بطريق الاصالة احتراز عن النكاح والطلاق والعتاق على مال فان العوض ليس بأصل في الطلاق والعتاق وكذا في النكاح لانه يصح بلا تسمية المال اه اتقاني وقدم الاجارة لانه أشبه بالبيع من حيث التمليك والشرائط وجريانه في غير المولى وعبده اه كاكي قال الاتقاني ثم اعلم أن الكتابة لا تجوز قياسا لما فيها من اثبات الدين للمولى على العبد والمولى لا يستوجب على عبده دينا ولكن جوزت استحسانا بدليل الكتاب والسنة واجماع الامة اه (قوله في المتن المملوك) ليس في خط الشارح وهو ثابت في نسخ المتن اه (قوله في المتن كاتب مملوكه ولو صغيرا يعقل بمال حال) وفي الحال كما امتنع من الاداء يرد في الرق يعني في عقد الكتابة بلا أجل يطالب المولى العبد

بما قبل فان أدى عتق وان امتنع عن الاداء رد الى الرق لان شرط الفسخ قد وجد وهو فوات لزوم العقد لفوات ما هو المقصود بالعقد ولكن لا يرد في الرق الا بالتراضي أو بقضاء القاضي فان قال أخرني وله مال حاضر أو غائب يرجى قدومه أخر يومين أو ثلاثة لان الايفاء في مثل هذه المدة تعجيل دون تأخير كالمديون اذا قال أبيع عبدي هذا وأقضي حقه لا يحبسه القاضي ويؤجله يومين أو ثلاثة فكذا هنا كذا ذكر الولوالجي اه اتقاني مع حذف وكتب ما نصه قال الحاكم الشهيد في باب مكاتبة الصغير من مختصر الكافي

لا تجوز اضافتها الى الزمان المستقبل لانها تمليك وقد أمكن تنجيزها للحال فلا حاجة الى الاضافة بخلاف الفصل الاول لان الاجارة وما شاكلها لا يمكن تمليكه للحال وكذا الوصية وأما الامارة والقضاء فمن باب الولاية والكفالة من باب الالتزام وقد بيناه في البيوع والله أعلم بالصواب

﴿ كتاب المكاتب ﴾

قال رحمه الله (الكتابة تحرير المملوك يدا في الحال ورقبة في المآل) هذا في الشرع وفي اللغة مدار هذا اللفظ على الجمع ومنه كتب النعل والقربة أي خرزهما والكتب الخرز الواحدة كتبة ومنه كتب البغلة اذا جمع بين شفريها بحلقة والكتيبة الطائفة من الجيش مجتمعة وسمي هذا العقد كتابة ومكاتبة لان فيه ضم حرية اليد الى حرية الرقبة أو لان فيه جمعا بين نجمين فصاعدا أو لان كلا منهما يكتب الوثيقة وهو أظهر ثم شرط الكتابة أن يكون الرق قائما بالمحل وأن يكون البدل معلوم القدر والجنس وسببها رغبة المولى في بدل الكتابة عاجلا وفي ثواب العتق آجلا ورغبة العبد في الحرية وأحكامها حالا ومآلا وركنها الايجاب والقبول وحكمها من جانب العبد فكاك الحجر وثبوت حرية اليد في الحال حتى يكون العبد أخص بنفسه وكسبه ويجب الضمان على المولى بالجناية عليه أو على ماله وثبوت حقيقة الحرية عند الاداء ولهذا يقال المكاتب طار عن ذل العبودية ولم ينزل في ساحة الحرية فصار كالنعامة ان استطير تباعر وان استحمل تطاير ومن جانب المولى ثبوت ولاية المطالبة بالبدل للحال وثبوت حقيقة الملك عند الاداء وألفاظها أن يقول كاتبتك على كذا أو ما يدل على ذلك قال رحمه الله (كاتب مملوكه ولو صغيرا يعقل بمال حال أو مؤجل أو منجم وقبل صح) لقوله تعالى والذين يبتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم

واذا كاتب الرجل عبدا له صغيرا لا يعقل لم يجز وان كان يعقل جاز ويكون كالعبد الكبير في جميع أحكامه فان كان لا يعقل ولا يتكلم فكاتبه ثم أدى عنه رجل فقبلها المولى لم يعتق لاني لو أجزت هذا لاجزت لو كاتب رجل ما في بطن جاريته فجاء رجل بعد ذلك فأدى عنه أنه يعتق فليس هذا بشيء ويرد المال الى صاحبه الى هنا لفظ الحاكم وذلك لان الجواز يعتمد القبول والذي لا يعقل ليس من أهل القبول والذي يعقل من أهل القبول ويكون كالعبد الكبير في جميع أحكامه وقوله لو أجزت هذا لاجزت لو كاتب رجل ما في بطن جاريته اشارة الى أن أداء الاجنبي انما يصح اذا انبنى على القبول ولم يوجد القبول لا من الصبي ولا من نائبه وانما يرد المال الى صاحبه لانه أداه لمقصود ولم يحصل ذلك المقصود ولانه أداه بسبب باطل فلم يصح أداؤه وقال في شرح الطحاوي وان كان لا يعقل لا يجوز الا اذا قبل عنه انسان فانه يجوز ويتوقف على ادراكه فان أدى هذا القابل عتق والقياس أن يكون له استرداده وهو قول زفر وفي الاستحسان ليس له ذلك اه اتقاني (قوله لقوله تعالى والذين يبتغون الكتاب) والكتاب والمكاتبة كالعتاب والمعاتبة ومعناه أن يقول المولى لعبده كاتبتك على ألف درهم أو كاتبتك بألف درهم فيقول العبد قبلت وانما سمي العقد كتابة لما يكتب فيه من الكتاب على العبد للمولى وعلى المولى للعبد ولم يسم بهذا الاسم سائر العقود وان كان يوجد فيها معنى الكتابة لئلا تبطل التسمية كالقارورة سميت بهذا الاسم لقرار المائع فيها ولا يسمى الكوز ونحوه قارورة وان كان يقر المائع لئلا تبطل الاعلام اه اتقاني

(قوله لان العاقد فيه أهل) أي لان القابل للسلم هو الحر والحر قادر لكونه مالكا للاشياء والعبد لا يملك لكونه عاجزا اه اتقاني ﴿فرع﴾ قال الاتقاني ولو قال لعبده ان أديت الي ألفا فأنت حر وان أديت الى قيمتك فأنت حر فأداه يعتق لان العتق معلق بالاداء فقد وجد شرطه قال الكرخي ولا يكون (١٠٠) هذا كتابة وان كان ثمة معنى الكتابة من وجه حتى ان العبد اذا جاء بالبدل فانه يجبر على قبوله أي يصير المولى قابضا له بالتخلية كما في الكتابة وان لم يقبل المولى استحسانا عندنا خلافا لزفر وبيان التفرقة بين التعليق والكتابة في مسائل فانه اذا مات العبد هنا قبل الاداء وترك مالا فالمال كله للمولى ولا يؤدى عنه فيعتق بخلاف الكتابة وكذا لو مات المولى وفي يد العبد كسب فالعبد رقيق يورث عنه مع أكسابه بخلاف الكتابة ولو كانت هذه أمة فولدت ثم أدت لم يعتق ولدها بخلاف المكاتبة اذا ولدت ثم أدت فصفت يعتق ولدها ولو قال العبد للمولى حط عني مائة فحط المولى عنه فأدى تسعمائة فانه لا يعتق بخلاف الكتابة ولو أبرأ المولى عن الالف العبد لم يعتق ولو أبرأ المكاتب عن بدل الكتابة يعتق ولو باع هذا العبد ثم اشتراه وأدى اليه يجبر على القبول عند أبي يوسف وقال محمد في الزيادات لا يجبر على قبولها فان قبلها عتق وكذا الوديعة له بخيار أو عيب وأما الاعتاق على مال فهو خلاف الكتابة وخلاف تعليق العتق بالاداء فانه اذا قال لعبده أنت حر على ألف درهم فقبل العبد فانه يعتق من ساعته ويكون البدل واجبا في ذمته لانه أعتقه بعوض فتى قبل يزول لقوله المعوض من صاحبه كما في البيع وكذا اذا قال لعبده أنت حر على قيمة رقبتك وقبل ذلك فانه يعتق كذا في التحفة وغيرها اه وسيأتي في كلام الشارح عند قول المصنف وكتابة عبد مأذون على مال فوق الكتابة لانه لا يقبل النقض والكتابة تقبله اه (قوله والمراد بالخير الخ) ثم قال بعضهم المراد من الخير المذكور اقامة الصلوات الخمس وأداء الفرائض اه اتقاني

فكاتبوهم ان علتم فيهم خيرا الآية مطلقة فيتناول جميع ما ذكرنا من الحال والمؤجل والصغير والكبير وكل من يتأتى منه الطلب وقال الشافعي لا تجوز كتابة الصغير ولا الكتابة الحالة أما الاول فلان الصغير ليس بأهل التصرف وهذا بناء على مسئلة الاذن للصبي في التجارة فانه لا يجوز عنده وعندنا يجوز لانه تصرف نافع وظاهر الآية يشهد لنا لان الابتغاء المذكور في الآية يتحقق منه اذ الكلام في صبي يعقل وأما الثاني فلانه عاجز عن تسليم المعقود عليه لانه مملوك لا يقدر على شئ وفي زمان قليل لا يمكنه التحصيل فلا يجوز الا منجما وأقله نجمان ليتمكن من التحصيل اذ القدرة على التسليم شرط لصحة العقد ألا ترى أن العجز الطارئ يبطلها فالمقارن أولى بخلاف السلم الحال حيث يجوز على أصله لان العاقد فيه أهل للملك قبل العقد فالظاهر أنه قادر على ايفاء ما التزم وإقدامه على العقد يدل على ذلك فيجوز ولنا اطلاق ما تلونا فانه يتناول الحال والمؤجل فلا يجوز تقييده لانه نسخ على ما عرف في موضعه ولان البدل في الكتابة معقود به كالثمن في البيع حتى صح الاستبدال به قبل القبض والقدرة على تسليم الثمن ليست بشرط لصحة العقد فان من ليس عنده شئ جاز أن يشتري ما شاء مما شاء بخلاف السلم على أصلنا فان المسلم فيه معقود عليه ولا يجوز العقد على المعدوم فجعلنا الاجل عوضا عما فات من القدرة ليمكنه التحصيل في المدة ولان الكتابة عقد إرفاق فالظاهر أنه يسامحه ولا يطالبه للحال بخلاف السلم فانه مبني على المماكسة والمضايقة فالظاهر أنه لا يؤخر الطلب اذا توجه له المطالبة نحوه في الحال ولان اعساره في الحال لا يدل على استمراره بل يجوز أن يملك في المجلس أضعاف بدل الكتابة لان المال غاد ورائح فلا يمتنع به الجواز ولان عقود المداينة يعتمد صحتها الاهلية دون القدرة على قضائه حتى جاز لمن لا يملك شيأ أن يشتري بجملة بخلاف المبيع لان القدرة على تسليمه شرط ولهذا يشترط أن يكون موجودا معينا الا في السلم لما روى أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم وانما اشترط قبول العبد لانه يلزمه المال فلا بد من التزامه والامر في الآية للندب عند الفقهاء حتى لا يجب على المولى أن يكاتب عبده وقال داود الظاهري يجب عليه اذا طلب العبد ذلك وعلم المولى فيه الخير لان الله أمر به والامر للوجوب وقال بعض مشايخنا هو للاباحة واشتراط علم الخير فيهم خرج على وفاق العادة فان العادة جرت على أنه لا يكاتب الا اذا علم فيه الخير وقد يكون الامر للاباحة كقوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا قلنا الامر يكون للندب وهو الظاهر هنا بدليل ما بعده من قوله تعالى وآتوهم من مال الله الذي آتاكم فانه للندب فكذا الكتابة قال شمس الائمة وحمله على الاباحة ليس بقوي عندي لانه يؤدي الى أنه لا فائدة في ذكر الشرط لان الكتابة جائزة وان لم يعلم فيه الخير وكلام الله تعالى منزه عن مثله ولا يكون لغير فائدة أصلا فيكون التعليق بالشرط مفيد الندبية يعني يستحب له أن يكاتبه اذا طلب العبد وعلم المولى فيه الخير وهو نظير قوله تعالى ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فما ملكت أيمانكم الآية فان تعليقه بعدم القدرة على الحرة للندب حتى لو تزوج أمة مع القدرة على الحرة جاز لما عرف في موضعه والمراد بالخير المذكور في الآية هو أن لا يضر بالمسلمين بعد العتق وان كان يضر بهم فالافضل أن لا يكاتبه ولو فعل جاز وقيل الوفاء وأداء الامانة والصلاح وقيل المال والخير يراد به المال قال الله تعالى ان ترك خيرا أي مالا وما تنفقوا من خير أي مال وهو أن يكون كسوبا يقدر على أداء البدل ولا يعتق الا بأداء كل البدل

لقوله صلى الله عليه وسلم المكاتب عبد ما بقي عليه من مكاتبته درهم رواه أبو داود وقال عليه الصلاة والسلام أيما عبد كوتب على مائة أوقية فأداها الا عشر أوقيات فهو رقيق رواه أبو داود والترمذي وأحمد وغيرهم ولان المولى لم يسلم له العوض فلا يسلم للعبد المعوض لان العقد يقتضي المساواة واختلف الصحابة رضي الله عنهم فيه فمذهب علي رضي الله عنه أنه يعتق بقدر ما أدى اعتبارا للجزء بالكل وبه يستويان فيما يسلم لهما من البدل ومذهب ابن مسعود أنه يعتق اذا أدى قدر قيمته لانه يقوم مقامه ويندفع به الضرر عن المولى والباقي دين في ذمته ومذهب ابن عباس أنه يعتق بنفس العقد ويكون البدل دينا في ذمته كأنه جعل الكتابة واردة على الذمة كالعتق ومذهب زيد بن ثابت أنه لا يعتق منه شيء حتى يؤدي الكل وبه أخذ علماء الامصار لما روينا وقد ثبت له بعض أحكام الحرية على ما بينا ولا حاجة الى اثبات الحرية ويعتق العبد بأداء البدل وان لم يقل له المولى اذا أديت الي فأنت حر وقال الشافعي لا يعتق الا اذا قال له ذلك لان الكتابة ليس فيها الا ضرب المال على عبده منجما وذلك لا يوجب العتق عند الاداء فلا بد من تعليق العتق بالاداء ليقع العتق عنده قلنا موجب الكتابة هو العتق عند الاداء لانها تنبئ عن الجمع وهو الجمع لحرية اليد الى حرية الرقبة عند الاداء وما قاله الشافعي أنها عبارة عن ضم نجم الى نجم لا يستقيم لانه لو ضرب على عبده مالا على نجوم لا يسمى مكاتبا ولا يثبت له شيء من أحكام الكتابة حتى يجوز بيعه ونهيه عن التصرف ويملك أخذ كسبه بلا اذنه ولا تأثير لتعليق العتق في ثبوت أحكام الكتابة ألا ترى أنه اذا علقه بشرط آخر لا يثبت له شيء من أحكامها وكذا اذا علقه بأداء المال بان قال ان أديت الي ألفا فأنت حر فعلم بذلك أن هذه الاحكام تثبت بعقد الكتابة فكذلك العتق يثبت به عند الاداء لان حكم العقد يثبت من غير تنصيص عليه كما في سائر العقود وكان القياس أن يعتق بمجرد العقد لان حكم العقد يثبت عقيبه لكن تركنا ذلك بما روينا ولانه لو عتق كان المولى يتضرر بخروج عبده عن ملكه بعوض في ذمة المفلس فلا يصار اليه ونظير ما قلنا في الاجارة لما لم يمكن ملك المنفعة في الحال تأخر ملك البدل أيضا اعتبارا للمساواة بينهما ولا يجب عليه حط شيء من بدل الكتابة وقال الشافعي رحمه الله يجب عليه حط ربع البدل وهو قول عثمان رضي الله عنه لقوله تعالى وآتوهم من مال الله الذي آتاكم أمر وهو للوجوب ولنا أن العقد يوجب البدل فلا يجوز أن يكون موجبا لاسقاطه اذ العقد لا يقتضي شيأ وضده كسائر عقود المعاوضة ولو كان واجبا لوجب في البدل الآخر كذلك لان العقد يقتضي المساواة بينهما والمراد بالامر في الآية الندب دون الحتم بدليل ما تقدم من الامر بالكتابة فانه للندب فكذا هذا وليس هذا من باب الاستدلال بالقرآن في النظم مثل قوله تعالى وأقيموا الصلاة وآتوا الزكاة لان تلك الآية مشتملة بكلمتين مستقلتين لا ارتباط لاحداهما بالاخرى فلا يجوز أن يستدل بحكم احداهما على حكم الاخرى أما هنا فالثانية مرتبطة بالاولى اذ البدل المأمور به في الاولى هو البدل المأمور به في الثانية وعن الكلبي المراد بالايتاء دفع الصدقة اليهم رواه عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم ولفظ الايتاء يدل عليه لانه للتمليك لا للحط فعلى هذا يجوز أن يكون المراد به هو دفع الزكاة اليهم بل هو الظاهر لانهم المراد بقوله تعالى وفي الرقاب في آية الصدقات ويجوز أن يراد به دفع الصدقة بعد الاداء لانهم من جملة فقراء المسلمين كل ذلك ممكن لان الواو في الآية لا تقتضي الترتيب والقران قال رحمه الله (وكذا اذا قال جعلت عليك ألفا تؤديه نجوما أول النجم كذا وآخره كذا فاذا أديته فأنت حر والا فقن) يعني يكون مكاتبا بهذا القول مثل ما يكون مكاتبا بالقول الاول وهذا استحسان والقياس أن لا يكون مكاتبا به لان النجوم فصول الاداء وله أن يضرب على عبده ما شاء من المال فيما شاء من المدة وقوله بعد ذلك ان أديته فأنت حر هو تعليق العتق بأداء المال وهو لا يوجب الكتابة وجه الاستحسان أن العبرة للمعاني دون الالفاظ حتى كانت المضاربة بشرط أن يكون الربح كله للمضارب قرضا وبشرط أن يكون لرب المال بضاعة وقد أتى بمعنى الكتابة هنا مفسرا فينعقد به كما اذا أطلق الكتابة بل أولى لان المفسر

(قوله لقوله صلى الله عليه وسلم المكاتب عبد الى آخر الحديث) وقد روى الحسن ابن زياد عن أبي حنيفة في المجرد عن ابراهيم عن زيد بن ثابت أنه كان يقول المكاتب عبد ما بقي عليه درهم اه اتقاني (قوله ومذهب زيد الخ) وقول ابن عمر وعائشة وأم سلمة مثل قول زيد كذا في شرح الاقطع اه اتقاني (قوله كسائر عقود المعاوضة) الذي بخط الشارح كسائر العقود المعاوضة اه (قوله لا ارتباط لاحداهما بالاخرى) الذي بخط الشارح لا ارتباط لاحداهما في الاخرى (قوله وعن الكلبي المراد بالايتاء الخ) قال الاتقاني ولا حجة للخصم في قوله تعالى وآتوهم من مال الله الذي آتاكم لان مال الكتابة لا يطلق عليه اسم مال الله كما يطلق على أثمان البياعات وأجرة الاجارات وانما يطلق مال الله على أموال القرب كالصدقات والزكوات والعشر وخمس الغنيمة فكأنه تعالى أمرنا باعطاء المكاتبين من صدقاتنا ليستعينوا بذلك على أداء الكتابة اه

(قوله ويحتمل الضريبة) قال في المجمع والضريبة واحدة الضرائب التي توضع في الارصاد والجزية ونحوها ومنه ضريبة العبد وهي غلته اه (قوله ولو قال له اذا أديت الى ألفا الخ) قال الحاكم الشهيد في مختصره المسمى بالكافي وان قال ان أديت الى ألفا كل شهر مائة فأنت حرة وقبلت فهذا مكاتبة وليس له أن يبيعها وان كسرت شهرا واحدا ثم أدت اليه ذلك الشهر كان جائزا ولو قال لها اذا أديت الى ألفا في هذا الشهر فأنت حرة فلم تؤده في ذلك الشهر وأدته في غيره لم تعتق قال أبو الفضل هكذا في رواية أبي سليمان هاتان المسئلتان وكذلك في كتاب أبي يوسف ووجدت رواية أبي حفص وهشام بخلاف ذلك في السياق والجواب قال ولو قال لها اذا أديت الى ألفا كل شهر مائة فأنت حرة فقبلت ذلك فليست هذه بمكاتبة (١٠٢) وله أن يبيعها ما لم تؤد وان كسرت شهرا واحدا وأدت اليه في غير ذلك الشهر لم تعتق ألا ترى أنه لو قال لها ان أديت الى ألفا في هذا الشهر فأنت حرة فلم تؤدها في ذلك الشهر وأدتها في غيره لم تعتق الى هنا لفظ أبي الفضل الحاكم الشهيد المروزي رحمه الله في باب العتق على مال أراد باحدى المسئلتين قوله ليس له أن يبيعها والاخرى قوله فان كسرت شهرا واحدا ثم أدت اليه اه غاية (قوله فعلم بذلك أن مقصود المولى الكتابة) وجه رواية أبي سليمان أنه أتى بمعنى الكتابة وهو الاداء منجما وان لم يأت بلفظ الكتابة والعبرة للمعاني ووجه رواية أبي حفص أنه تعليق بصورته فلا يغير الا لضرورة ولا ضرورة اه اتقاني (قوله ولهذا الا تصح الكفالة به) أي ببدل الكتابة لضعفه اه من خط الشارح (قوله وقد حصل بدونه) أي بدون أداء بدل الكتابة اه (قوله في المتن وغرم ان وطئ مكاتبته أو جنى عليها الخ) قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في كتاب الجنايات من مختصره واذا جنى المدبر على مولاه أو رقيق مولاه أو متاعه فهو هدر كله بلا وكذلك اذا جنى المولى عليه فجنايته هدر ولا يلزم المولى شئ لانه عبده وكذلك أم الولد في جنايتها على المولى وجناية المولى عليها هدر لانها مملوكته وما جنى عليها فارش ذلك للمولى وأما المكاتب فجناية المولى عليه تلزم المولى وجناية المكاتب على سيده تلزم المكاتب وكذلك جناية المولى على رقيق المكاتب أو ماله يلزم كل واحد منهما ما جنى على صاحبه في نفسه أو ماله الى هنا لفظ الكرخي وقال شمس الائمة السرخسي في كفايته جناية المولى على مكاتبه عمدا لا توجب القود لاجل الشبهة ولو قتل المكاتب مولاه عمدا يجب القود لما عرف اه اتقاني ﴿فرع﴾ ثم الفرق بين الكتابة الجائزة والفاسدة أن في الفاسدة يرده المولى في الرق ويفسخ الكتابة بغير رضاه وفي الجائزة لا يفسخ الا برضا العبد ولعبد أن يفسخ في الجائز والفاسد جميعا بغير رضا المولى كذا في شرح الطحاوي اه اتقاني

أقوى وقوله اذا أديته فأنت حر لابد منه لان ما قبله يحتمل يحتمل الكتابة ويحتمل الضريبة وبه تترجح جهة الكتابة وقوله والافقن أي ان لم تؤده فأنت رقيق فضلة من الكلام غير محتاج اليه كما لا يحتاج اليه في الكتابة ولو قال له اذا أديت الى ألفا كل شهر مائة فأنت حر فهي مكاتبة في رواية أبي سليمان لان التنجيم يدل على الوجوب ولا يجب على العبد لسيده الا بالكتابة فيعلم بذلك أن مقصود المولى الكتابة ولان التقسيط للتخفيف والتخفيف لا يكون الا بعد الوجوب وذلك بالكتابة وفي رواية أبي حفص ليست بمكاتبة بل يكون اذنا اعتبارا بالتعليق بالاداء بدفعة واحدة والتنجيم ليس من خصائص الكتابة حتى يجعل تفسيرا لها لانه يدخل في سائر الديون وقد تخلوا الكتابة عنه فلم يوجد ما تختص به الكتابة فلا يكون مكاتبا وهو الاصح قال رحمه الله (فيخرج من يده) أي اذا صحت الكتابة يخرج المكاتب من يد المولى لان موجب الكتابة ملكية اليد في حق المكاتب ولهذا لا يكون للمولى منعه من الخروج والسفر ولو شرط في الكتابة أن لا يخرج من البلد لا يصح الشرط لان المقصود من الكتابة أن يتمكن من أداء المال بالتكسب وقد لا يتمكن من ذلك الا بالخروج فيطلق له الخروج قال رحمه الله (دون ملكه) أي لا يخرج من ملك المولى لما روينا ولانها عقد معاوضة فتقتضي المساواة بين المتعاقدين وأصل البدل يجب للمولى في ذمته بنفس العقد لكنه ضعيف لا يتم ملكه فيه الا بالقبض لان بقوته في ذمته مع المنافي اذا المولى لا يستوجب على عبده دينا ولهذا لا تصح الكفالة به فيثبت للعبد بعقابلته ملكية ضعيفة أيضا فاذا تم للمولى الملك بالقبض تم الملكية للعبد أيضا وتمام الملكية لا يكون الا بالعتق فيعتق لضرورة الملكية فتتحقق المساواة بذلك ابتداء وانتهاء ولو أعتقه المولى عتق بعتقه لبقاء ملكه فيه وسقط عنه بدل الكتابة لانه لم يلتزمه مجانا وانما التزمه مقابلا بالعتق وقد حصل بدونه قال رحمه الله (وغرم ان وطئ مكاتبته أو جنى عليها أو على ولدها أو أتلف مالها) لانها بعقد الكتابة خرجت من يد المولى وصار المولى كالاجنبي فصارت أحق بنفسها وكسبها لتوصل الى المقصود بالكتابة وهي حصول الحرية لها والبدل للمولى بناء على كونها أحق بما لها ونفسها ولولا ذلك لاتلف المولى ما في يده ولم يحصل لها الغرض المبتغى بالكتابة ومنافع البضع ملحق بالاجزاء فيجب عليه عوضه وهو العقر عند اتلافه بالوطء وانتفى الحلة للشبهة قال رحمه الله (وان كاتبه على خمر أو خنزير أو قيمته أو عين لغيره أو مائة ليرد سيده عليه وصيف فاسد) أما الكتابة على الخمر أو الخنزير فلانه ليس بمال في حق المسلم فلا يصلح عوضا فيفسد العقد وهذا لان تسمية ما ليس بمتقوم في عقد يحتاج فيه الى تسمية البدل لصحته توجب فساد العقد كالبيع بخلاف النكاح حيث لا يفسد بتسمية الخمر أو الخنزير لانه لا يحتاج لصحته الى تسمية حتى يجوز النكاح

بلا تسمية المهر ومع نفيه فكذا اذا سمى مالا يصلح مهرا لان وجوده كعدمه وأما اذا كاتبه على قيمة نفسه فلانها مجهولة القدر اذ هي تختلف باختلاف المقومين وكذا جنسها مجهول لان القيمة تعتبر بجنس الثمن وهو النقدان ولم يتعين واحد منهما فتفاحش الجهالة كما اذا كاتبه على ثوب أو دابة لان الثوب والدابة أجناس مختلفة وماهو مجهول الجنس لا يثبت في الذمة أصلا حتى في النكاح ولان موجب الكتابة الفاسدة القيمة فالتنصيص عليها تنصيص على موجب العقد الفاسد فيكون فاسدا ولا يقال لو كاتبه على عبد يجوز ويجب عليه عبد وسط أو قيمته حتى لو أتى بقيمته يجبر المولى على قبولها ولو كانت الكتابة على القيمة فاسدة فلا صح ذلك لانا نقول القيمة في مسئلة الكتاب لو وجبت لوجبت قصدا وهي مجهولة فلا يمكن ايجابها قصدا وفيما اذا كاتبه على عبد تجب حكما لا قصدا وكم من شئ يثبت حكما لغيره وان كان لا يثبت قصدا ألا ترى أن الاضحية بالعجل لا تجوز وتجوز تبعا لامه وكذا بيع الجنين لا يجوز ويجوز تبعا لامه وأما اذا كاتبه على عين لغيره فلانه لا قدرة له على تسليمه والمراد بشئ يتعين بالتعيين كالثوب والعبد وغيرهما من المكيل والموزون غير النقدين حتى لو كاتبه على دراهم أو دنانير بعينها وهي لغيره تجوز الكتابة لان النقود لا تتعين بالتعيين في العقود التي هي معاوضة ولا في فسوخها وانما يجب مثلها في الذمة وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أن الكتابة على عين الغير جائزة حتى لو ملكه العبد وسلمها الى المولى عتق وان عجز رد في الرق لان المسمى مال متقوم والقدرة على التسليم موهومة فصار كالمهر وجه ظاهر الرواية أن العين في المعاوضات معقود عليها والقدرة على تسليم المعقود عليه شرط الصحة في العقود التي تحتمل الفسخ وتسليم تلك العين ليس في قدرة العبد فلا تصح تسميته بخلاف ما اذا كان البدل غير عين لانه معقود به فلا تشترط القدرة عليه ولهذا جوزنا الكتابة الحالة بخلاف النكاح لان القدرة على ماهو المقصود بالنكاح وهو تسليم منافع البضع ليس بشرط حتى لو تزوج صغيرة رضيعة جاز فعلى ماهو تابع فيه وهو الصداق أولى أن لا يشترط فيه القدرة ولهذا جاز مع نفي الصداق أيضا ولان الكتابة شرعت على وجه يختص المكاتب بمكاسبه فيثبت له حرية اليد في الحال وتتراخى حرية الرقبة الى وقت الاداء فلو جاز هذا الثبت حرية اليد والرقبة في حالة واحدة لا على وجه التعاقب فيكون اعتاقا بعوض ولا يكون كتابة لان الكتابة شرعت لاثبات الحريتين على التعاقب فاذا لم يحصلا لم تنعقد أصلا لان كل عقد لا يحصل فيه مقصوده لا ينعقد ولانها لو جازت هذه الكتابة لكان الاداء من مال المولى اذ الاجازة تستند الى العقد فتصير العين من أكسابه وقت العقد وكسب وقت العقد ملك له فكانت الكتابة على مال المولى لا من كسب العبد بعد العقد فلا يجوز وانما قلنا ذلك لان العبد يصير مستقرضا للعين من وقت العقد فيدخل في ملك المولى ضرورة ولو أجاز صاحب العين ذلك روى عن محمد رحمه الله أنه يجوز لانه لو اشترى به شيأ يجوز بالاجازة مع أنه مبني على المضايقة فالكتابة أولى أن تجوز لكونها مبنية على المسامحة والمساهلة وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يجوز لان لا يفيد للمكاتب ملك كسبه وهو المقصود بالكتابة لانها تثبت للحاجة الى الاداء من المكاسب ولا حاجة اذا كان البدل مالا يتعدم به مقصود الكتابة على ما بينا وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يجوز اجازذلك أو لم يجز غير أنه عند الاجازة يجب تسليم العين وعند عدم الاجازة يجب عليه تسليم قيمة العين حكما في النكاح وروى أبو يوسف رحمه الله عن أبي حنيفة رحمه الله أنه ان هلك ذلك العين فأدى لم يعتق الا أن يكون المولى قال له اذا أديت الى ثلاث العين فانت حر حينئذ يعتق بحكم التعليق وذكر في اختلاف زفر ويعقوب أن قول زفر كذلك وهي رواية الحسن بن أبي مالك عن أبي يوسف رحمه الله وروى صاحب الاملاء عن أبي يوسف رحمه الله أنه يعتق بالاداء قال له المولى ذلك أو لم يقل لان العتق يتعقب الفساد لكون المسمى مالا متقوما وقد وجد الاداء

(٣٠ — زيلعي خامس) أو موزون فان قال كاتبتك على ألف فلان هذه عبارة الكتابة لانها تقع على مثلها فان أدت غيرها عتقت وكذلك ان قال كاتبني على ألف درهم على أن أعطيها من مال فلان الى هنا لفظ الحاكم اه اتقاني

الجواز فلان قيمة العبد لا تصلح مهرا حتى لو تزوج امرأة على قيمة هذا العبد لا تصح التسمية ومالا يصلح مهرا في باب النكاح لا يصلح بدلا في باب الكتابة بالطريق الاولى وأما العتق عند الاداء فلان في الكتابة شبهين معاوضة وتعليقا فأي الشبهين اعتبرنا يعتق أما المعاوضة فلان القيمة تصير عوضا لان العقد فاسد وأما التعليق فلان العتق يتعلق بأداء القيمة وقد وجد ولو كاتبه على ثوب لم يجز لان ما سمي لا يصلح مهرا في باب النكاح فلا يصلح بدلا في الكتابة فان أدى لم يعتق بأداء العوض بخلاف القيمة لانها تصلح عوضا في المعاوضات لانها معاوضة بالنفس وتصير معاوضة القدر اذا أدى أفضى آخره وهي ملفوظة فيتعلق العتق بأدائها كما في فتاوى الولوالجي ثم قالوا يعتبر في القيمة ما تصادقا عليه لان الحق لهما فلا يعدوهما وكذا اذا اقام المولى البينة فان اختلف المقومون في القيمة يعتبر أقصى القيمتين لان شرط العتق لا يثبت الا بيقين اه غاية (قوله ومتى لو كاتبه على دراهم الخ) قال الحاكم الشهيد في الكافي فان كاتبها على عين بعينها لرجل لم يجز وكذا كل ما عينه من مال غيره من عرض أو مكيل

(قوله لانها لاتتعين في عقود المعاوضة) الذي بخط الشارح لانها لاتتعين في العقود المعاوضة اه (قوله على أن يرد عليه عبدا وصفا) قال في الهداية على أن يرد المولى عليه عبدا بغير عينه (١٠٤) قال في الدراية قيد به اذ لو كان العبد معينا يجوز بالاتفاق لجواز بيع المعين بالاتفاق فكذا استثناؤه ذكره في الخلاف وعند الائمة الثلاثة لايجوز في المعين وغيره لانه شرط فاسد أو صفقة في صفقة اه (قوله وعن أبي يوسف الخ) هذا الحكم ظاهر الرواية عند علمائنا الثلاثة ذكره في المبسوط والذخيرة فعلى هذا ينبغي أن لايخص أبا يوسف وأن لايذكر بكلمة عن اه كاكي وبمعناه في النهاية (قوله ويعتق بأداء القيمة) أي بأداء قيمة نفسه اه اتقاني (قوله وفي ظاهر الرواية يعتق بأداء الخمر) أي سواء كان قال في العقد ان أديت الخمر فأنت حر أو لم يقل ذلك اه كاكي وكتب مانصه ذكر في الاصل ان كاتبه على ميتة أو دم لم يجز فان أدى الميتة أو الدم لا يعتق الا اذا صرح بالشرط وقال اذا أديت الميتة أو الدم فأنت حر فحينئذ يعتق لاجل اليمين لالاجل الكتابة ولا يلزمه شئ لان العتق حصل بقضية التعليق لا بقضية المعاوضة اه اتقاني (قوله لانه هو البدل) أي القيمة على تأويل المذكور أو ذكره بتذكير الخبر وفي الذخيرة ومبسوط شيخ الاسلام وقيمته تعرف لما بتصادقهما لان الحق فيما بينهما لا يعدوهما كضمان الغصب والبيع الفاسد ولما بتقويم المقومين ثم لو اختلف المقومون فان اتفق الاثنان منهم على شئ يجعل ذلك قيمة لهم ولو اختلفا في ذلك لايعتق مالم يؤد أقصى القيمتين لان شرط العتق لايثبت الا بيقين اه درابة (قوله بخلاف ما اذا كاتبه على ثوب) أي وكذا لو كاتبه على دابة اه كاكي

فيعتق كما اذا كاتبه على خمر فأداها وجه قول أبي حنيفة رحمه الله أن تلك العين لم تصر بدلا في هذا العقد بتسميته لانه لايقدر على تسليمه فلا ينعقد العقد أصلا فيعتق ان أدى باعتبار صريح التعليق وان لم يصرح لايعتق كما لو كاتبه على ثوب أو ميتة وان كاتبه على عين في يد المكاتب وهو من كسبه بأن كان مأذونا له في التجارة ففيه روايتان في رواية يجوز لانه كاتبه على بدل معلوم يقدر على تسليمه وفي رواية لايجوز لان المولى كاتبه على مال ننسبه اذ الكلام في عين اكتسبه من قبل ولو كاتبه على دراهم في يد العبد يجوز بالاتفاق الروايات لانها لاتتعين في عقود المعاوضة وأما اذا كاتبه على مائة دينار على أن يرد عليه سيده وصيفا فالمذكور هنا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله تجوز الكتابة وتقسم المائة على قيمة المكاتب وعلى قيمة وصيف وسط فان أصاب الوصيف يسقط عنه ويكون مكاتبا بما بقي لان كل ما جاز ايراد العقد عليه جاز استثناؤه من العقد وتجوز الكتابة على وصيف فكذا يجوز استثناؤه من عقد الكتابة لان جهالة المستثنى منه بقدر جهالة المستثنى وجهالة المستثنى هي جهالة وصيف وهي لاتمنع صحة التسمية فكذا جهالة الباقي لاتمنع صحة التسمية ولهما أن بدل الكتابة مجهول القدر فلا تصح كما اذا كاتبه على قيمة الوصيف وهذا لان الوصيف لايمكن استثناؤه من الدنانير الا باعتبار القيمة وتسمية القيمة تفسد العقد كما بينا فكذا استثناؤها لما عرف أن الاستثناء معتبر بالتسمية على معنى أن كل ما يصلح تسمية يصلح استثناء وما لا فلا فكانت هذه الجهالة مفسدة ولان هذا عقد اشتمل على بيع وكتابة لان ما كان من الدنانير بازاء الوصيف الذي رده المولى بيع وما كان منها بازاء رقبة المكاتب هو كتابة فتبطل لجهالة الثمن والثمن وكذا الكتابة ولانها لو جازت على هذا الوجه لجازت بالحصة ابتداء ولانه صفقة في صفقة وهي بيع في كتابة فلا تجوز للنهي عنها قال رحمه الله (فان أدى الخمر عتق) لان العقد منعقد وان كان فاسدا فيعتق بالاداء وقال زفر لايعتق الا بأداء قيمة نفسه لان البدل في الكتابة الفاسدة هو القيمة فيعتق بأدائه ولايعتق بأداء ما ليس ببدل هكذا ذكره في الكافي وعزاه الى المبسوط والذخيرة وكذا ذكره في الهداية وفي بعض نسخ الهداية وقال زفر رحمه الله لايعتق الا بأداء قيمة الخمر وهو غلط من الكاتب وعن أبي يوسف أنه يعتق بأداء الخمر لانه بدل صورة ويعتق بأداء القيمة أيضا لانه هو البدل معنى وعن أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله أنه يعتق بأداء عين الخمر اذا قال ان أديتها فأنت حر باعتبار أنه معلق بالشرط وقد وجد الشرط فصار نظير ما لو كاتبه على ميتة أو دم فانه لايعتق الا في صورة التعليق وفي ظاهر الرواية يعتق بأداء الخمر وكذا الخنزير والفرق بينهما وبين الميتة والدم أن الخمر والخنزير مال في الجملة وان لم يكن لهما قيمة في حق المسلمين فانعقد بهما العقد وجب الانعقاد العتق عند أداء البدل المشروط وأما الميتة والدم فليسا بمال أصلا عند أحد فلم ينعقد العقد بهما فاعتبر فيهما معنى الشرط لاغير وذلك بالتعليق صريحا قال رحمه الله (وسعى في قيمته) لانه وجب عليه رد رقبته لفساد العقد وقد تعذر الرد بالعتق فيجب عليه رد قيمته كما في البيع الفاسد اذا أعتق المشتري المبيع أو تلف في يده قال رحمه الله (ولم ينقص من المسمى وزيد عليه) لانه عقد فاسد فتجب فيه القيمة بالغة ما بلغت كما في البيع الفاسد غير أن المولى لم يرض أن يعتقه بأقل مما سمى فلا ينقص منه ان نقصت قيمته عن المسمى والعبد يرضى بالزيادة حتى ينال شرف الحرية فيزاد عليه اذا زادت قيمته على المسمى وفيما اذا كاتبه على قيمته يعتق بأداء القيمة لانه هو البدل في الفاسد ذكرها أو لم يذكرها فأمكن اعتبار معنى العقد فيه وأثر الجهالة في الفساد لا في ابطال العقد بخلاف ما اذا كاتبه على ثوب حيث لايعتق

لا يعتق بأداء ثوب لانه يختلف اختلافا فاحشا لا يوقف على مراد المولى فكانت الكتابة باطلة فلا تعتبر أصلا حتى لو أدى قيمته أيضا لا يعتق الا اذا علقه به قصدا بأن قال ان أديت الى ثوبا فأنت حر فحينئذ يعتق بأداء ثوب لانه تعليق صريح فصار من باب الأيمان وهي تنعقد مع الجهالة فينصرف الى ما يتطلق عليه اسم الثوب والمكاتبة معاوضة فتمتنع بالجهالة الفاحشة وما فيه من معنى اليمين تابع لانه يثبت في ضمن المعاوضة فيبطل ببطلان المعاوضة فلا يعتبر أصلا والاصل فيه عندنا ان الثلاثة أن المسمى متى كان شيأ لا يصلح عوضا لجهالة القدر أو لجهالة الجنس فان العبد لا يعتق بأداء المسمى ولا بأداء القيمة اذ لا ينعقد هذا العقد أصلا لا على المسمى ولا على القيمة وهذا لان عتق المكاتب معلق بأداء العوض وليس بمعلق بطلق الاداء فاذا كان المسمى لا يصلح عوضا كثوب لا يتعلق به وان كان يصلح عوضا تعلق به كالقيمة لانها معلومة من وجه وتصير معلومة من كل وجه عند الاداء حتى تصير معلومة القدر والجنس والصفة ولهذا صير اليها في ضمان العدوان وضمان العقود اذا فسدت التسمية قال رحمه الله (وصح على حيوان غير موصوف) أي صح عقد الكتابة على حيوان اذا بين جنسه لا نوعه وصفته كالعبد والوصيف وينصرف الى الوسط ويجبر المولى على قبول القيمة كما يجبر على قبول العين لان كل واحد أصل فالعين أصل تسمية والقيمة أيضا أصل لان الوسط لا يعلم الا بهما فاستويا وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز هذا العقد لان المسمى فيه مجهول فصار كما لو لم يسم جنسه بأن كاتبه على دابة أو دار أو ثوب وكالبيع والجامع كونهما معاوضة لا يحتمل الابتسمية البدل ولنا ما روى عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه أجاز الكتابة على الوصيف ولانها مبنية على المسامحة والمساهلة فلا تفسد التسمية بالجهالة اليسيرة في البدل كالنكاح وصار كالجهالة في الاجل فانه اذا كاتبه على ألف الى العطاء ونحوه كالحصاد صح لما ذكرنا بخلاف البيع لانه مبني على المضايقة ولهذا كان هو معاوضة مال بمال من كل وجه والكتابة معاوضة تغير مال في الابتداء اذ البدل مقابل بفك الحجر ابتداء وهو ليس بمال وفي الانتهاء وان كان معاوضة مال بمال لكونه يقابل الرقبة لكن على وجه يسقط الملك عنه فلا يكون العبد لا على مالية نفسه فشابه النكاح وبخلاف ما اذا كاتبه على دابة أو نحوها لان الجهالة فاحشة فيه فلا تعتد أصلا على ما بينا وبخلاف ما اذا كاتبه على قيمته حيث يفسد ويجب فيه القيمة والفرق أن الجهالة في القيمة جهالة في القدر والجنس والوصف في الحال والجهالة في العبد جهالة في الوصف دون القدر والجنس فخفت الجهالة ولهذا لو كاتبه على قيمة عبد لا يجوز لما ذكرنا وعلى عبد يجوز لما بينا فعلم بما ذكرنا أن جهالة الوصف لا تمنع الصحة في معاوضة مال بغير مال وجهالة جنس منفعته لا تمنع في الكل قال رحمه الله (أو كاتب كافر عبده الكافر على خمر) يعني صح هذا الآخر لان الخمر مال متقوم في حقهم كالخنزير في حق المسلم فتصح تسميته اذا كان المسمى معلوما واحترز بقوله عبده الكافر عن عبده المسلم فانه يقع فاسدا ويجب فيه القيمة على ما بينا فيما اذا كان المولى مسلما قال رحمه الله (وأي أسلم فله قيمة الخمر) لان المسلم ممنوع عن تملك الخمر وتملكها وفي تسليم عين الخمر تملكها وتملكها اذا المولى لم يملكها قبل التسليم لكونها موصوفة في الذمة والقبض يرد على معين فيكون غير ما ورد عليه العقد فيكون تملكا من العبد وتملكا من المولى في الحال عوضا عما في الذمة فلا يجوز في حق المسلم فيعجز عن تسليم الخمر فوجب المصير الى ايجاب قيمة الخمر لقيامها مقام المسمى وتكون الكتابة باقية على حالها بخلاف ما اذا باع ذمي من ذمي بخمر ثم أسلم أحدهما قبل القبض حيث يفسد البيع عند بعضهم لان العقد يقع على ما يصلح بدلا في الجملة في الكتابة يصح أن تكون القيمة بدلا في الجملة ألا ترى أنه اذا كاتبه على وصيف أو نحوه تجوز الكتابة وتجب القيمة وكأنه كاتبه على القيمة ولهذا يجبر المولى على قبول القيمة فاذا جاز أن ينعقد على القيمة فأولى أن ينعقد على الخمر بخلاف البيع لانه لا ينعقد على القيمة صحيحا أصلا فكذا لا يبقى عليها أصلا قال رحمه الله (وعتق بقبضها) أي بقبض قيمة الخمر لان الكتابة عقد معاوضة وسلامة أحد العوضين لاحدهما توجب سلامة العوض

(قوله لا نوعه) كالتركي والهندي اه كاكي (قوله وصفته) جيد أو ردي اه كاكي

﴿باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله﴾

(قوله وعلك البيع بالمحاباة لانه من عادة التجار) قال صاحب الهداية وعلك البيع بالمحاباة لانه من صنيع التجار ولم يذكر الخلاف وقال في شرح الطحاوي ولا يجوز للمكاتب البيع الا على المعروف في قولهم ما يجوز في قول أبي حنيفة كيفما كان وقال القدوري في كتاب التقريب قال أبو حنيفة يجوز بيع المكاتب بالقليل والكثير وقالا لا يتغابن في مثله لابي حنيفة أن تصرف المكاتب انفسه بدلالة ان ما يلزمه من الديون لا يرجع بها على مولاه (١٥٦) فصار كالحر لانه يتصرف بأمر مطلق كالوكيل على أصله ولهما أن النقصان الكثير تبرع بدلالة أنه في حال المرض من الثلث وتبرع المكاتب لا يجوز اه غاية (قوله له أن يسافر) أي استحسانا اه هداية (قوله لان هذا الشرط مخالف لمقتضى عقد الكتابة) أي وكل شرط يخالف مقتضى العقد باطل الا أن الكتابة لم تبطل ببطلان الشرط اذا لم يدخل الشرط في صلب العقد لان مبناها على التوسعة ولهذا تجوز الكتابة على عبد بغير عينه تحقيقه ان الشرط اذا دخل في صلب العقد بأن يبيع في البدل أو المبدل كما اذا كاتبه على بدل مجهول أو بدل حرام أو كاتب جاريته على ألف درهم على أن يطأها ما دامت مكاتبة أو تخدمه ولم يبين للخدمة وقتا أو كاتبها وهي حامل من غيره واستثنى ما في بطنها فسدت الكتابة ولكنها اذا أدت الالف عتقت ويجب عليه العقر اذا وطئها في مدة الكتابة واذا لم يدخل في صلب العقد لا يفسدها كما اذا كاتب عبده على أن لا يخرج من المصر أو على أن لا يبيع ولا يشتري ونحو ذلك فالكتابة صحيحة والشرط باطل اه اتقاني (قوله من حيث انها تحتمل الفسخ قبل أداء البدل) أي ومن حيث انها لا تصح الا ببدل معلوم كالبيع اه اتقاني بالمعنى (قوله من حيث انها لا تحتمل الفسخ بعد الاداء) أي ومن حيث انه يثبت الحيوان دينا في الذمة ويجوز من غير أن يذكر صفة البدل ويقع على الوسط كالنكاح اه غاية (قوله مثل أن يشترط خدمته) قال في الهداية كما اذا شرط خدمة مجهولة (قوله ولان الكتابة في جانب العبد تشبه الاعتاق) أي لانه اسقاط الملك اه ق

الآخر الا خر واذا أدى الخمر عتق أيضا لتضمن الكتابة تعليق العتق بأداء الخمر اذهي المذكورة في العقد فصار كما لو كاتب المسلم عبده على خمر فانه يعتق بأداء الخمر أو قيمة نفسه على ما مر قال في الكافي هكذا ذكره بعض المشايخ كالقاضي ظهير الدين الشيرازي ونجم الدين الافطس والرحبي والنيسابوري في شرح الجامع الصغير وفي شرح الطحاوي والتمرتاشي لو أدى الخمر لا يعتق ولو أدى القيمة يعتق لان الكتابة انتقلت الى القيمة ولم يبق الخمر بدلا في هذا العقد لانه انعقد صحيحا على الخمر ابتداء وبقي بعد الاسلام على قيمتها صحيحا على حاله ولا يتصور بقاؤه صحيحا على الخمر بعد الاسلام فخرجت الخمر من أن تكون بدلا فيه ضرورة وبأداء غير البدل لا يعتق بخلاف ما اذا كاتب المسلم عبده أو كاتب الكافر عبده المسلم على خمر حيث يعتق بأداء الخمر لان العقد فيه انعقد فاسدا فيعتق بأداء البدل المشروط فيه لما فيه من معنى التعليق فيعتق باعتباره ويضمن لمولاه قيمته لانها ليست بمال والله أعلم بالصواب

﴿باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله﴾

قال رحمه الله (للمكاتب البيع والشراء والسفر) لان مقصود السيد من العقد الوصول الى بدل الكتابة ومقصود العبد منه الوصول الى الحرية وذلك انما يحصل بالبيع والشراء وقد لا يتفقان في الحضر فيحتاج الى الخروج الى السفر وعلك البيع بالمحاباة لانه من عادة التجار يفعلون ذلك اظهارا للمسامحة واستجلابا لقلوب الناس كي يكثر معاملوه فتكثر بيوعه وتصرّ فاته كلها فيصل الى مقصوده في أدنى مدة وقد يحابي في صفقة ليربح في أخرى قال رحمه الله (وان شرط أن لا يخرج من المصر) هذا متصل بما قبله أي له أن يسافر وان شرط المولى عليه أن لا يخرج من البلد لان هذا الشرط مخالف لمقتضى عقد الكتابة لان مقتضاه مالكية اليد على وجه الاستبداد والاختصاص بنفسه ومنافع نفسه وأكسابه وأن لا يتحكم عليه أحد وتحصيل المال بأي وجه شاء وذلك بأن يتصرف كيفما شاء ويتردد لان التحصيل يختلف باختلاف الاوقات والاماكن خصوصا في السفر فانه مظنة التحصيل ومظنة الربح قال الله تعالى وآخرون يضربون في الارض يبتغون من فضل الله فكل شرط يمنعه من ذلك فهو خلاف موجب العقد ومقصوده فيبطل هو دون العقد لان الكتابة لا تبطل بالشرط الفاسد الا اذا كان داخلا في صلب العقد لان الكتابة تشبه البيع من حيث انها تحتمل الفسخ قبل أداء البدل وتشبه النكاح من حيث انها لا تحتمل الفسخ بعد الاداء ولانها مبادلة مال بمال في حق المولى ومبادلة مال بغير مال في حق العبد اذ لا علك نفسه فيوفر عليها حظها فلشبهها بالبيع تبطل بالشرط الفاسد اذا تمكن في صلب العقد وهو أن يكون في البدل مثل أن يشترط خدمته أو يكاتبه على خمر أو خنزير ولشبهها بالنكاح لا تبطل به اذا لم يتمكن في صلب العقد كاشتراطه أن لا يخرج من البلد أو لا يبيع بالنسيئة ونحو ذلك ولان الكتابة في جانب العبد تشبه الاعتاق وهذا الشرط يختص بجانب العبد فاعتبرناها في هذا الشرط والاعتاق

(قوله في المتن وتزويج أمته) هذا اذا زوج أمته أجنبيا اما اذا زوج أمته عبده (١٠٧) لا يجوز لانه ليس فيه اكتساب المال كذا ذكره المولى الجلبي اه ق وكتب ما نصه فان قيل فعلى هذا ينبغي أن يملك المكاتب تزويج ابنته ومع ذلك لا يملك فانا نعلم لكن ابنته مملوكة لمولاه وأمته لا حتى ينفذ عتق المولى في ابنته دون أمته ولو عجز وحاضت ابنته حيضة لا يجب على المولى استبراء فيها جديد ويلزمه في أمته وكتابته (قوله حيث لا يجوز لها) وقال زفر يجوز لانه من باب الاكتساب وانا نقول المهر وجب في مقابلة الملك في الذات لا في المنافع وهو حق السيد فان عتقت قبل أن يفسخ النكاح يجوز ذلك النكاح لان ذلك النكاح انما كان لا يجوز بحق المولى فاذا عتقت زال حق المولى فيجوز كما فتاوى الامة والعبد ولا خيار لها لانها باشرت العتق برضاها وتفذ بعد العتاق اه اتقاني (قوله وقال زفر والشافعي ليس له أن يكاتب عبده) وهو القياس اه هداية بالمعنى (قوله والاعتاق على مال فوق الكتابة) أي لان الكتابة معاوضة حتى تنال وتفسخ ولا يعتق في الحال أما في الاعتاق على مال يعتق في الحال بنفس قبول المال من غير وقف الى أداء المال فلا يقبل الاقالة والنسخ وهذا غير ثابت للمكاتب ففي تجويزه

لا يبطل بالشرط كما اذا أعتق عبدا على أنه سائبة يكون الشرط باطلا والاعتاق صحيح قال رحمه الله (وتزويج أمته) لانه من باب الاكتساب لانه يملك المهر وتسقط نفقتها عن نفسه وقد أطلق له باب الاكتساب فيملكه ضرورة بخلاف تزويج المكاتبة نفسها حيث لا يجوز لها وان كان فيه اكتساب لان ملك المولى باق فيها فيمنعها من الاستبداد بنفسها وفيه تعييبها وربما تعجز فيبقى هذا العيب فيكون على المولى ضرر وليس مقصودها أيضا بتزويج نفسها المال وانما مقصودها التحصين والاعفاف بخلاف تزويج أمتها فان المقصود منه كسب المال فيجوز لها كما يجوز للاب والوصي بخلاف العبد المأذون له في التجارة والمضارب والشريك لانهم لا يملكون الا ما يكون من باب التجارة والتزويج ليس منه فلا يملكونه قال رحمه الله (وكتابة عبده) وقال زفر والشافعي رحمهما الله ليس له أن يكاتب عبده لانه يؤول الى العتق وهو ليس له أن يعتق على مال وكذا العقد لا يتضمن مثله ولهذا لا يجوز للوكيل أن يوكل ولا للمضارب أن يضارب ولنا أن الكتابة عقد اكتساب للمال فيملكها كما يملك البيع وربما تكون الكتابة أنفع من البيع اذ البيع يزيل الملك بنفسه والكتابة لا تزيله الا بعد وصول البدل الى يده ولهذا يملكه الاب ووصيه وهو لم يملكه على أن العقد يقتضي مثله وانما ملكه على أن الكتابة بيع من نفس العبد وبيع العبد من نفسه قد يكون أنفع من البيع لغيره فاذا جاز البيع فأولى أن تجوز الكتابة بخلاف ما استشهدا به من المسائل لانها لو جازت لجازت على أن العقد يتضمن مثله اذ لا طريق لجوازها الا هو بخلاف الاعتاق على مال لانه يوجب لغيره الحرية مقصودا للحال وهو لا يقدر على ذلك ولان فيه ازالة الملك عن العبد بدين في ذمة المفلس فلا يملكه ولان العقد لا يقتضي ما هو مثله والاعتاق على مال فوق الكتابة فأولى أن لا يملكه وكذا الا يملك تعليق العتق بأداء المال لان فيه اثبات الحرية مقصودا وانه فوق الكتابة ألا ترى أنه لا يقبل النقض والكتابة تقبله فلا يملكه وليس له أن يكاتب والديه وولده لانهم داخلون في كتابته تبعا والمكاتب لا يكاتب ولانهم بمنزلة المالكين للمولى حتى لا يجوز له بيعهم وينفذ عتق المولى فيهم قال رحمه الله (والولاء له ان أدى بعد عتقه) أي الولاء للمكاتب الاول ان أدى الثاني الكتابة بعد عتق الاول لان الولاء لمن أعتق ومعتقه المكاتب الاول وهو أهل للولاء عند عتق الثاني وكان سلكه تاما فيه عند ذلك فثبت الولاء له ضرورة قال رحمه الله (والا لسيده) أي ان لم يؤد المكاتب الثاني المال الى المكاتب الاول بعد عتق الاول بل أداه قبل أن يعتق كان الولاء للمولى لا للمكاتب الاول لانه تعذر جعل المكاتب معتقا له لعدم أهلية الاعتاق فيخلفه فيه أقرب الناس اليه وهو مولاه كما اذا اشترى العبد المأذون له شيأ فانه لا يملكه لعدم الاهلية ويخلفه فيه مولاه لانه أقرب الناس اليه وهذا لان له فيه نوع ملك ولعتقه ضرب اتصال الى تصرفه لاستفادته بسببه منه فجعل المكاتب كالنائب عن مولاه فعمل النائب ينتقل الى الاصل فيصير كأنه أعتقه لان فعل نائبه ينتقل اليه فيكون الولاء له ولو أدى الاول بعد ذلك لا ينتقل الولاء اليه لان المولى جعل معتقا والولاء لا يتحول عن المعتق الى غيره بخلاف جر الولاء في ولد الجارية فان مولى الجارية هناك ليس بمعتق مباشرة بل تسببا باعتبار اعتاق الاصل وهي الام والاصل أن الحكم لا يضاف الى السبب الا عند تعذر الاضافة الى العلة والتعذر عند عدم عتق الاب فاذا اعتق زالت الضرورة فيتحول الولاء الى قوم الاب قال رحمه الله (لا التزوج بلا اذن) أي لا يملك التزوج بغير اذن مولاه لان فيه تعييب نفسه لما فيه من شغل ذمته بالمهر والنفقة ولم يطلق له الا عفو دعوته الى تحصيل مقصوده وهو كل عند فيها اكتساب المال وفي حق ما ليس فيه فهو باق على الحجر وحكمه فيه حكم العبد المحجور عليه بخلاف تزويج أمته لان فيه اكتساب مال على ما بيناه وملك التزوج باذن

اثبات أمر للمكاتب فوق ما هو ذلك لا يجوز اه كاكي (قوله وكذا لا يملك تعليق العتق بأداء المال) أي بلا خلاف بأن قال لعبد ان أديت الي ألفا فانت حر اه كاكي (قوله والولاء لا يتحول عن المعتق الى غيره) أي لانه بمنزلة النسب اه ق

(قوله فجاز باتفاقهما) وانما شرط اتفاقهما لان العبد قد خرج عن ملك المولى يدا فلا يتفرد به وملكه في الرقبة باق فلا يتفرد العبد أيضا اه من خط الشارح رحمه الله (قوله ليجتمع عليه المجاهزون) قال في المغرب في الجيم مع الهاء والزاي والجاهز عند العامة الغني من التجار (قوله في المتن والتكفل) وحكم كفالته في المال كحكم كفالته المحجور عليه تصح في حقه بعد العتق لا في الحال اه درایة (قوله وليس من ضرورات التجارة الخ) حتى لو أقرض (١٥٨) لا يطيب للمستقرض أكله الا أن يكون مضمونا عليه حتى لو تصرف فيه يجوز كما تقول في قرض الاتحاف انه لا يطيب للمستقرض أكله ويكون مضمونا عليه حتى لو كان عبدا فأعتقه يجوز لانه ملكه بالقرض الفاسد اه كاكي (قوله وبين أن تكون بالامر أو بغير الامر) أي وسواء كان باذن مولاه أو بغير اذنه اه كاكي وكتب ما نصه قال في شرح الاقطع وقد قالوا لو أجاز المولى كفالته أو هبته لم يصح أيضا لانه لا ملك له في ماله وانما حقه متعلق به فهو بمنزلة الغريم اذا أجاز عتق الوارث وهبته لمال الميت انه لا يجوز قال الحاكم الشهيد رحمه الله تعالى في الكافي ولا يجوز كفالة المكاتب بالمال ولا بالبدل باذن المولى ولا بغير اذنه وكذلك قبول الحوالة فان كفل باذن سيده ثم عجز لم تلزمه تلك الكفالة لان ضمانه كان باطلا وان أدى فعتق لزمته الكفالة لانه كفل وهو بمنزلة العبد اه اتقاني (قوله وقد بيناه) أي عند قوله وكتابة عبده اه وأفاد هناك أيضا أنه لا يملك تعليق العتق على مال فارجع اليه اه (قوله في المتن وتزويج عبده) ولو عتق عبده وأجاز التزويج لا يجوز لان الاجازة لاقت عقدا باطلا اذ تزويج المكاتب عبده يد خلون باطل غير موقوف لانه لا يجيزه وكذا لو زوجه الوكيل بعد عتقه يتوقف على اجازته لان توكيله وقع باطلا ولو قال بعد العتق أجزت تلك الوكالة يكون هذا توكيلا ابتداء اه درایة (قوله لانه تعيب له ونقص لماليته) أي ولهذا لو اشترى عبدا فوجده ذا زوجة يتمكن من الرد بالعيب كذا في الاوضح اه كاكي

المولى لان الحجر لاجل الملك أن ملكه باق فيه فجاز باتفاقهما لا غير فخرج عن ملك المولى يدا ولثبوت ملكه في الرقبة قال رحمه الله (والهبة والتصدق الا يسير) لانهما تبرع وهو ليس من أهله الا أن اليسير منه من ضرورات التجارة اذ لا يجد بدا من ضيافة واعارة ليجتمع عليه المجاهزون وهي من ضرورات التجارة فيملك لان من ملك شيأ ملك ما هو من ضروراته ولو أبعه ولا يهب بعوض لانه تبرع ابتداء فلا يملكه قال رحمه الله (والتكفل والاقراض) لانهما تبرع محض وليسا من ضرورات التجارة ولا من باب الاكتساب فلا يملكه ولا فرق في الكفالة بين أن تكون في المال أو في النفس وبين أن تكون بالامر أو بغير الامر لان الكل تبرع قال رحمه الله (واعتاق عبده ولو بمال وبيع نفسه منه) لانه ليس بأهل للاعتاق لان العتق لا يتصور الا من المالك والمكاتب لا يملك الرقبة فلا ينفذ عتقه ولو على مال لان فيه اسقاط الملك عن العبد بمقابلة دين في ذمة المفلس فلا يكون من باب الاكتساب وقد بيناه وبيع العبد من نفسه اعتاق على ما بيناه في الوكالة فلا يملكه قال رحمه الله (وتزويج عبده) أي لا يملك تزويج عبده وكذا لا وكل به لانه تعييب له ونقص لماليته لكونه شاغلا لرقبته بالمهر والكسب بالنفقة وليس هو من باب الاكتساب في شيء بخلاف تزويج الامة على ما بيناه قال رحمه الله (والاب والوصي في رقيق الصغير كالمكاتب ولا يملك مضاربة وشركة شيأ منه) لان الاب والوصي يملكان الاكتساب كالمكاتب فيملكان ما يملكه المكاتب من تزويج الامة وكتابة مملوك الصغير والمضاربة وشركي العنان والمفاوضة لا يملكون الا التجارة والتزويج والكتابة ليسا منها وهذا لان التجارة مبادلة المال بالمال والبضع ليس بمال وكذا الكتابة لان المال مقابل بفك الحجر في الحال وهو ليس بمال فلا يملكونه بخلاف الاجارة فانها مبادلة المال بالمال ولهذا لا يثبت فيها الخيار دينا في الذمة بدلا عن المنافع ولولا أنها مال لثبت وكذا المنافع تصلح مهرا ولولا أنها مال لما صلحت لان الله تعالى شرع ابتغاء النكاح بالمال بقوله تعالى أن تبتغوا بأموالكم ولم يشرعه بغير المال ثم الاصل فيه أن من كان تصرفه عاما في التجارة وغيرها يملك تزويج الامة والكتابة كالاب والوصي والجد والمكاتب والقاضي وأمينه وكل من كان تصرفه خاصا في التجارة كالمضارب والشريك والمأذون له لا يملك تزويج الامة والكتابة عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يملكون تزويج الامة لان فيه منفعة على ما بيناه وجوابه أنه ليس من باب التجارة على ما بيناه فلا يملكونه وجعل في النهاية شريك المفاوضة كالمكاتب وجعله في الكافي كالمأذون له في التجارة ولكل وجه وجعله كالمأذون أشبه بالفقه قال رحمه الله (ولو اشترى أباه أو ابنه تكاتب عليه) لان المكاتب من أهل أن يكاتب وان لم يكن أهلا للعتق فيجعل مكاتبا معه تحقيقا للصلة بقدر الامكان وهذا لان المكاتب ليس بمالك رقبته والعتق يختص عن يملك الرقبة لقوله عليه الصلاة والسلام لا عتق فيما لا يملك ابن آدم فاذا تعذر الاعتاق صار مكاتبا مثله للتعذر بخلاف الحر فانه يملك الرقبة ولا تعذر في حقه فيعتق عليه سواء كان أهلا للاعتاق بأن كان بالغا عاقلا أو كان صغيرا أو مجنونا لان هذه الصلة وهي العتق تجب حقا للعبد فلا تختلف بين أن يكون مكلفا أو لم يكن كنفقات الزوجات والاقارب ثم ذكر الاب والابن هنا وقع اتفاقا ولا يختص هذا الحكم بهما بل جميع من له قرابة الولاد

يدخلون في كتابته تبعا له وأقواهم دخولا الولد المولود في الكتابة ثم الولد المشترى ثم الوالدان وعن هذا يتفاوتون في الاحكام فان الولد المولود في الكتابة يكون حكمه كحكم أبيه حتى اذا مات أبوه ولم يترك وفاء يسعى على نجوم أبيه والولد المشترى يؤدى بدل الكتابة حالا والا رد في الرق والوالدان يردان في الرق كما مات ولا يؤديان حالا ولا مؤجلا وانما كان كذلك لان الولد المولود في الكتابة تبعيته ثابتة بالملك والبعضية الثابتة حقيقة وقت العقد والولد المشترى تبعيته ثابتة بالملك وبالبعضية بينهما حكما في حق العقد لا حقيقة في حقه لانه لا بعضية بينهما حقيقة بعد الانفصال والوالدان تبعيتهما باعتبار الملك لا باعتبار البعضية لانهما ليسا ببعض له فاختلفت الاحكام لذلك قال رحمه الله (ولو أخاه ونحوه لا) أى لو اشترى أخاه أو غيره من محارمه غير الولاد لا يتكاتب عليه وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يتكاتب عليه لان وجوب الصلة يشمل القرابة المحرمة للنكاح ولهذا يعتق على الحر كل ذى رحم محرم منه وتجب نفقتهم عليه ولا يرجع فيما وهبه لهم ولا تقطع يده اذا سرق منهم الى غير ذلك من الاحكام المختصة بهم فكذا هذا الحكم ولابي حنيفة رحمه الله أن للمكاتب كسبا وليس له ملك حقيقة لوجود ما ينافيه وهو الرق ولهذا لو اشترى امرأته لا يفسد نكاحه ويجوز دفع الزكاة اليه ولو وجد كنزا غير أن الكسب يكفى للصلة في الولاد ألا ترى أن القادر على الكسب يخاطب بنفقة الوالد والولد ولا يكفى في غيرها حتى لا يخاطب الاخ بنفقة أخيه الا اذا كان موسرا والدخول في الكتابة بطريق الصلة فيختص الوجوب بمحله ولان هذه قرابة تشبه بنى الاعمام في حق بعض الاحكام كحل الحليلة وجريان القصاص من الجانبين وقبول الشهادة ودفع الزكاة اليه وتشبه الولاد في حق حرمة المناكحة ووجوب النفقة وحرمة الجمع بين ثنتين منهن في النكاح فألحقناها بالولاد في العتق وببنى الاعمام في الكتابة توفيرا على الشبهين حظهما والعمل على هذا الوجه أولى من العمل على عكسه لان العتق أسرع نفوذا من الكتابة فان أحد الشريكين اذا أعتق نصيبه ليس للآخر أن يبطله ولو كاتبه كان له أن يبطله قال رحمه الله (ولو اشترى أم ولده معه لم يجز بيعها) أى لو اشترى المكاتب أم ولده مع ولده منها لم يجز له بيعها لان الولد لما دخل في كتابته امتنع بيعه لما ذكر فتتبعه أمه فيه فامتنع بيعها لانها تبع له قال عليه الصلاة والسلام أعتقها ولدها ولا تدخل في كتابته حتى لا تعتق بعتقه ولم ينفسخ النكاح لانه لم يملكها فجاز له أن يطأها بملك النكاح وكذا المكاتبة اذا اشترت زوجها غير أنها لها أن تبيعه كيفما كان لان الجزئية لم تثبت من جهتها على ما بيناه من قبل ولو ملكها بدون الولد جاز له بيعها عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا ليس له أن يبيعها لانها أم ولد له فصار كالحر اذا اشترى أم ولده وحدها بدونه له ولابي حنيفة رحمه الله أن القياس أن يجوز بيعها وان كان معها ولدها لان كسب المكاتب موقوف بين أن يؤدى فيتقرر له وبين أن يعجز فيتقرر للمولى فلا يتعلق به ما لا يحتمل الفسخ وهو أمومية الولد اذ لو تعلق به لكان كسب المكاتب غير محتمل للفسخ أو كان الاستيلاد محتملا للفسخ فينفسخ بانفساخ المكاتبة فحينئذ يلزم أن يجعل الشئ الذى هو غير قابل للفسخ من جملة ما يقبل الفسخ بطريق التبعية وذلك لا يجوز لان الذى لا يقبل الفسخ أقوى فلا يكون تبعا لما هو دونه ومال المكاتب موقوف فلا يجوز أن يتعلق به ما لا يلحقه الفسخ الا أنه يمتنع بيعها تبعا لولدها منه وما يثبت تبعا يثبت بشرائط المتبوع ولو ثبت بدون الولد لثبت ابتداء والقياس ينفيه قال رحمه الله (وان ولد له من أمته ولد تكاتب عليه وكسبه له) لانه بالدعوة يثبت نسبه منه فيتبعه في التكاتب على ما بيناه وكان كسب الولد للمكاتب لانه في حكم مملوكه فكان كسبه له كما كان قبل الدعوة اذ لا ينقطع بالدعوة اختصاصه وكذا لو ولدت المكاتبة ولدا دخل الولد في كتابتها لان الولد المولود تسرى اليه الصفات الشرعية الثابتة في الام كالتدبير والاستيلاد والحرية والملك فاذا سرى اليه صار حكمه كحكم أمه فكانت هى أحق به وبكسبه لانه جزؤها وقد انقطع حق المولى عنه قال رحمه الله (وان زوج أمته من عبده وكاتبهما فولدت دخل في كتابتها وكسبه لها) لان الولد يتبع الام في الاوصاف الحكمية فكان مكاتبا تبعا لها فكانت أحق بكسبه من

(قوله يدخلون في كتابته تبعا) أى تبعا له حتى يردون الى الرق بعجزه فلو كانت كتابتهم بطريق الاصالة لبقيت كتابتهم بعد عجزه وليس كذلك اه كاكى (قوله ولو وجد كنزا) أى ولا يملك الهبة اه كاكى (قوله فيتبعه في التكاتب على ما بيناه) اشارة الى قوله لانه من أهل أن يكاتب وان لم يكن أهلا للعتق فان قيل قد ذكر في الاصول وغيره من فتاوى قاضيخان والمغنى أن المكاتب لا يملك التسرى ولا يملك وطء أمته وبه قالت الائمة الثلاثة فكيف يتحقق له ولد من أمته قلنا نعم الا أن له في ملك مكاتبه يدا بمنزلة الحر وذلك يكفى لثبوت النسب منه عند الدعوة وان لم يحل وطؤه كما في الجارية المشتركة وجارية الابن اذا وطئها الاب وادعى الولد اه دراية

الاب لانه لا ملك له عليها حتى يسرى الى الولد وقد انقطع يد المولى عنها بالعقد فكذا عن ولدها فكانت هي أحق به لانه جزؤها فصار كنفسها وهي نظير المسئلة الاولى ولو قتل هذا الولد تكون قيمته للام دون الاب لما ذكرنا أنها أحق به بخلاف ما اذا قبلا الكتابة عن أنفسهما وعن ولدهما صغير فقتل الولد حيث تكون قيمته بينهما ولا تكون الام أحق بها لان دخوله في الكتابة هنا بالقبول عنه والقبول وجد منهما فيتبعهما فلا يكون أحدهما أولى به من الآخر وفيما نحن فيه لم يدخل بالقبول وانما دخل بمجرد التبعية وفيها الام أولى على ما بينا قال رحمه الله (مكاتب أو مأذون نكح باذن حرة بزعمها فولدت فاستحقت فولدها عبد) يعني لو تزوج مكاتب أو عبد مأذون له في التجارة امرأة زعمت أنها حرة باذن مولاه فولدت منه ثم استحقت فالولد رقيق فليس له أن يأخذه بالقيمة وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله ولدها حر بالقيمة يعطيها للمستحق في الحال اذا كان التزوج باذن المولى وان كان بغير اذنه يعطيها بعد العتق ثم يرجع هو بما ضمن من قيمة الولد على الامة المستحقة بعد العتق ان كانت هي الغارة له وكذا اذا غرته عبد مأذون أو غير مأذون له في التجارة أو مكاتب يرجع عليه بعد العتق لانه ليس من باب التجارة فلا ينفذ في حق مولى الغار وان غرته حر رجع عليه في الحال لان ضمان الغرور كضمان الكفالة فيرجع به على الحر في الحال وعلى غيره بعد الحرية ولو كان مكاتبا وكذا حكم المهر فان المستحق يرجع عليه في الحال اذا كان التزوج باذن مولاه والا فبعد الحرية وليس له هو أن يرجع على أحد بالمهر على ما عرف في موضعه وحكم الغرور يثبت بالتزويج دون الاخبار بأنها حرة لمحمد رحمه الله أنه تزوجها رغبة في حرية الاولاد معتمدا على قولها فلم يحصل له فصار مغرورا كالحر فتكون أولاده أحرارا بالقيمة دفعا للضرر عنه كالحر ولهما أنه مولود بين رقيقين فيكون رقيقا اذ الولد يتبع الام في الرق والحرية وتركناه في الحر باجماع الصحابة رضي الله عنهم والعبد ليس في معنى الحر لان حق المولى وهو المستحق في الحر مجور بقيمة واجبة في الحال وفي العبد بقيمة متأخرة الى ما بعد العتق فتعذر الالحاق لعدم المساواة هكذا ذكروا هنا وهذا مشكل جدا فان دين العبد اذا لزمه بسبب أذن فيه المولى يظهر في حق المولى ويطالب به في الحال والموضوع هنا مفروض فيما اذا كان باذن المولى وانما يستقيم هذا اذا كان التزوج بغير اذن المولى لانه لا يظهر الدين فيه في حق المولى فلا يلزمه المهر ولا قيمة الولد في الحال وتشهد المسئلة التي تلي هذه المسئلة لهذا المعنى قال رحمه الله (وان وطئ أمة بشراء فاسد فردت فالعقر في المكاتبة) أي لو اشترى المكاتب أمة شراء فاسدا فوطئها ثم ردها بحكم الفساد على البائع وجب عليه العقر في حال الكتابة قبل العتق وكذلك العبد المأذون له في التجارة لان هذا من باب التجارة فان التصرف يقع صحيحا تارة ويقع فاسدا أخرى والكتابة والاذن ينتظمان البيع والشراء بنوعيهما فكانا مأذونين فيهما كالتوكيل بهما فيظهر في حق المولى فيؤاخذان به في الحال قال رحمه الله (ولو بنكاح أخذ به مذ عتق) أي لو تزوج المكاتب امرأة بغير اذن مولاه فوطئها يؤخذ بالعقر بعد العتق وكذلك المأذون له في التجارة لان التزوج ليس من الاكتساب ولا من باب التجارة فلا ينتظمه الاذن بالتجارة ولان الكتابة كالكفالة فلا يظهر في حق المولى فلا يؤاخذ به في الحال بخلاف الفصل الاول وهو ما اذا وطئها بحكم الشراء الفاسد لان الاذن بالتجارة أو الكتابة تناول الشراء الفاسد على ما بينا فيكون ظاهرا في حق المولى وبخلاف ما اذا اشترى أمة فوطئها ثم استحقت حيث يؤاخذ بالعقر في الحال لانه من توابع التجارة فيتناوله الاذن وهذا لان المشتري لا يسلم في كل مرة بل يجوز أن يستحق فكان هذا العقر من توابعها لانه لولا الشراء لما وجب وانما كان يجب الحد وما يجب بسبب الشراء يكون من ضمان التجارة وما يترتب عليه حكمه حكم ضمان التجارة وان كان مقابلا بما ليس بمال ألا ترى أن العارية والهدية اليسيرة والضيافة اليسيرة لما كانت من توابع التجارة التحقت بالتجارة حتى صار العبد مأذونا له فيها وتناولها الاذن بتناوله التجارة وان كانت

(قوله وان غرته) أي اذا تزوجه على أنها حرة لا اذا أخبره بأنها حرة وتزوجها هو بنفسه اه (قوله في المتن فاستحقت أو بشراء) هذا ثابت في نسخ المتن وليس في خط الشارح رحمه الله اه (قوله أي بالبيع والشراء) هذا حاشية بخط الشارح اه (قوله يؤخذ بالعقر بعد العتق) قال الاتقاني رحمه الله وينبغي له أن تعلم أن المكاتب انما يؤاخذ بالعقر في النكاح بعد العتق اذا كانت المرأة ثيبا أما اذا كانت بكرا فافتضها يؤاخذ به في الحال وقد رويناه قبل هذا عن شرح الطحاوي وكذلك العقر يؤخذ في الحال وان كانت المرأة ثيبا اذا كان المولى أذن له في النكاح وقد مر ذلك قبل هذا أيضا اه

﴿فصل﴾ (قوله وولد أم الولد انما يثبت نسبه الخ) قال الحاكم الشهيد في الكافي واذا ولدت المكاتبة من المولى ومضت على الكتابة ثم ولدت ولدا آخر لم يلزم المولى الا أن يدعي وذلك لان وطأها حرام على المولى بسبب الكتابة لانه لا يحل له وطء المكاتبة ولكنها مملوكته وولدها ولد المملوكة فلا يلزمه بدون الدعوة اه اتقاني (قوله في المتن وان كاتب أم ولده) اعلم أن كتابة أم الولد جائزة ككتابة الاماء لقوله تعالى والذين يبتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا بيانه أن أم الولد مملوكة للمولى والملك فيها باق بعد الاستيلاد ولهذا يجوز للمولى وطؤها واجارتها واستخدامها الا أنه لا يجوز اخراجها عن ملكه الى غيره بوجه من الوجوه لئلا يلزم بطلان استحقاقها الحرية فلما كان الملك فيها باقيا جاز كتابتها لانه لا فصل في الآية بين مملوك ومملوك فان قيل (١٦١) رق أم الولد لا بقية له عند أبي حنيفة

هي في نفسها تبرعا وفيما نحن فيه وجب العقر باعتبار شبهة النكاح وذلك ليس من التجارة في شيء ولا من الكسب فلا يتناوله الاذن ولا عقد الكتابة فيتأخر ما وجب فيه الى ما بعد العتق لعدم ولاية التزامه بهذا الطريق بغير اذن المولى والله أعلم

﴿فصل﴾ قال رحمه الله (ولدت مكاتبة من سيدها مضت على كتابتها أو عجزت وهي أم ولده) لانها لما ولدت من مولاها صارت أم ولده فتلقاها جهتا حرية عاجلة ببدل وهي الكتابة وآجلة بغير بدل وهي أمومية الولد فتختار أيتهما شاءت ونسب ولدها ثابت بالدعوة ولا يحتاج الى تصديقها لانها مملوكة له رقبة بخلاف ما اذا ادعى ولد جاريته المكاتبة حيث لا يثبت النسب من المولى الا بتصديق المكاتبة لانه لا ملك له حقيقة في ملك المكاتبة وانما له حق الملك فيحتاج فيه الى تصديقها بخلاف ما اذا ادعى ولد جاريته ابنه حيث يثبت نسبه بمجرد الدعوى ولا يحتاج فيه الى تصديق الابن لان له أن يتملك مال ولده للحاجة فيتملكها قبل الاستيلاد شرطا له على ما بيناه في النكاح فلا حاجة الى تصديقه والولد حر لان المولى يملك اعتاق أولادها لانهم يشاركونها في كسبها ولا يملك بيعهم فصار حكمهم حكمها واذا مضت على الكتابة أخذت عقرها من سيدها لكونها أخصر بنفسها وأكسبها واذا مات المولى عتقت بالاستيلاد وسقط عنها مال الكتابة لانها ما التزمت البدل الا لتسلم لها نفسها باعتبار بقيته بجهة الكتابة فاذا سلمت لها بجهة أخرى لم ترض بتسليمه لورثته مجانا فلا يجب عليها وان مات وترك مالا تؤدي كتابتها منه ويبقى ميراث لولدها الثبوت عتقها في آخر جزء من حياتها وان لم تترك مالا فلا سعاية على هذا الولد لانه حر وان ولدت ولدا آخر لم يثبت نسبه منه من غير دعوة لحرمة وطئها عليه وولد أم الولد انما يثبت نسبه من غير دعوة اذا لم يحرم على المولى وطؤها وان حرم فلا يلزمه حتى اذا عجزت نفسها وولدت بعد ذلك في مدة يمكن العلوق بعد التعجيز ثبت نسبه من غير دعوة الا اذا نفاه صريحا كسائر أولاد أمهات الاولاد ولو لم يدع الولد الثاني ومات من غير وفاء سعى هذا الولد في بدل الكتابة لانه مكاتب تبعا لها ولو مات المولى بعد ذلك عتق وبطل عنه السعاية لانه بمنزلة أم الولد اذ هو ولدها فيتبعها قال رحمه الله (وان كاتب أم ولده أو مدبره صح) لان ملكه ثابت في كل واحد منهما وان كانت أم الولد غير متقومة عند أبي حنيفة رحمه الله وعقد الكتابة يرد على المملوك لحاجته الى التوصل الى ملك اليد والمكاسب في الحال والى الحرية في المآل وأم الولد في هذا كغيرها لانها مملوكة يدا ورقبة فيتحقق حكم الكتابة فيها فتملك ما على المكاتب في الحال والمآل وكسبها للمولى فيصح منه اثبات هذه الملكية اياها بالبدل ولان ملكه فيها مختلف وان لم يكن متقوما عند أبي حنيفة فيأخذ العوض عنه كالقصاص قال رحمه الله (وعتقت

فينبغي أن لا يجوز أخذ العوض عنه بالكتابة قيل لرقها قيمة في السعاية وانما لا قيمة له في العقود والبياعات ألا ترى أن أم ولد النصراني اذا أسلمت لزمتها السعاية لهذا المعنى كذا في شرح الاقطع ولان في كتابة أم الولد ايصال حقها اليها معجلا فجازت لحاجتها الى ذلك اه اتقاني (قوله في المتن أو مدبره) قال الاتقاني وانما يجوز كتابة المدبر لقيام الرق فيه الا أنه استحق الحرية من وجه فاستحقاقها من وجه لا ينافي استحقاقها من وجه آخر فجازت وصورتها في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل له مدبر كاتبه في صحته على مائة وقيمته ثلثمائة وليس له مال غيره ثم مات المولى قال ان شاء العبد سعى في جميع الكتابة وان شاء سعى في ثلثي قيمته وان كان التدبير بعد الكتابة فان شاء سعى في ثلثي

(٢١ - زيلعي خامس) الكتابة وان شاء سعى في ثلثي قيمته وقال أبو يوسف ومحمد يسعى في الاقل من ذلك الى هنا لفظ أصل الجامع الصغير ولم يذكر في الجامع الصغير خلاف أبي يوسف ومحمد في المسئلة الاولى كما ترى فلاجل هذا اشتبه الحال واحتاج الى التأويل فقال فخر الاسلام علي البزدوي في شرحه يريد في المسئلة الثانية وأما في المسئلة الاولى فعند أبي يوسف يسعى في الثلثين وقال أبو حنيفة وقال محمد يسعى في الاقل من ثلثي قيمته ومن ثلثي كتابته وقال الحاكم الشهيد في الكافي واذا كاتب الرجل مدبره فمات وهو يخرج من ثلثه عتق وبطلت عنه السعاية وان لم يكن له مال غيره فان شاء سعى في الكتابة وان شاء سعى في ثلثي القيمة قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف يسعى في الاقل من ذلك ولا يخير وقال محمد يسعى في الاقل من ثلثي القيمة وثلثي المكاتبة قال أبو الفضل وقول محمد هذا خلاف ما قاله في الجامع الصغير الى هنا لفظ أبي الفضل الحاكم الشهيد اه كلام الاتقاني رحمه الله

مجانا بموته) أى عتقت بموت المولى بغير شئ يلزمها وسقط عنها بدل الكتابة لانها عتقت بسبب أمومية الولد لبقاء حكم الاستيلاد بعد الكتابة لعدم التنافى بينهما ومن حكمه عتقها بعد الموت مجانا وتسلم لها الاولاد والاكساب لانها عتقت وهى مكاتبة وملكها يمنع من ثبوت ملك الغير فيه فصار كما اذا أعتقها المولى فى حال حياته ولئن انفسخت الكتابة فى حق نفسها بقيت فى حق الاولاد والاكساب لان الفسخ للنظر لها والنظر لها فى بقاء الكتابة ليتبعها أولادها فى العتق وتسلم لها أكسابها فيجعل كأنها عتقت بالابقاء فى حق الاولاد والاكساب ولان دخول أولادها فى الكتابة بطريق التبعية فيعتقون بعتقها تبعا لها لان للتبع حكم المتبوع ولا يمكن ذلك الا بالطريق الذى بينا وهو أن تنفسخ الكتابة فى حق سقوط البدل عنها فقط وتبقى فى حق غيره من الاحكام نظرا لها ولو أدت بدل الكتابة قبل موت المولى عتقت بالكتابة لبقائها الى وقت الاداء وبالاداء تتقرر ولا تبطل قال رحمه الله (وسعى المدبر فى ثلثى قيمته أو كل البدل بموته فقيرا) أى لو مات بعدما كاتبه ولا مال له غيره فهو بالخيار بين أن يسعى فى ثلثى قيمته أو جميع بدل الكتابة وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله يسعى فى الاقل منهما وقال محمد رحمه الله يسعى فى الاقل من ثلثى قيمته وثلثى بدل الكتابة فالخلاف فى موضعين الخيار والمقدار وأبو يوسف مع أبى حنيفة رحمهما الله فى المقدار ومع محمد رحمه الله فى نفى الخيار أما الكلام فى الخيار فمبنى على تجزى الاعتاق وعدم التجزى فعنده لما كان متجزيا بقى ما وراء الثلث عبدا وبقيت الكتابة فيه كما كانت قبل عتق الثلث فتوجه لعتقه جهتان كتابة مؤجلة وسعاية معجلة فيخير للتفاوت بين الامرين وفى التخيير فائدة لجواز أن يكون أداء أكثر المالين أيسر باعتبار الاجل وأقلهما أعسر أداء لكونه حالا فكان فى التخيير فائدة وان كان جنس المال متحدا وعندهما لما عتق كله بعتق ثلثه لان الاعتاق لا يتجزأ عندهما بطلت الكتابة وبطل الاجل لانه كان لاجل الكتابة وقد بقى عليه أصل الدين غير مؤجل لان عتق بعضه حصل بطريق الوصية لكون التدبير وصية وعتق بعضه بطريق الوصية لا يسقط عنه بدل الكتابة كما لو أعتقه المولى فى مرض موته ولا مال له سواه فانه يعتق كله عندهما ويسقط عنه ثلث بدل الكتابة ان لم يكن عليه دين واذا بقى عليه بدل الكتابة حالا أو وجب عليه ثلثا القيمة بالتدبير حالا فيلزمه أقلهما من غير تخيير اذ لا فائدة فى التخيير بين القليل والكثير فى جنس واحد فصار نظير ما لو أعتق عبده على ألف أو ألفين فانه يلزمه الاقل بلا خيار بالاتفاق فكذا هذا والفرق لابى حنيفة رحمه الله أن البدلين حال فى مسئلة اليمين وهما من جنس واحد فيجب الاقل وهو المتيقن اذ لا فائدة فى التخيير وفيما نحن فيه أحدهما مؤجل فيفيد التخيير على ما بينا وأما الكلام فى المقدار فعندهما رحمهما الله لا يسقط عنه من بدل الكتابة شئ وعند محمد رحمه الله يسقط عنه ثلثه لان الكتابة صادفت كله فيكون البدل مقابلا بالكل وقد عتق ثلثه بالتدبير فيبطل ما بازائه من البدل ألا ترى أنه لو عتق كله بالتدبير بأن كان يخرج من الثلث سقط عنه كل البدل فكذا اذا عتق ثلثه به وجب أن يسقط ثلثه اعتبارا للجزء بالكل ولهذا لو أدى كل البدل فى حياته يعتق كله ولو كان ثلثه مستحقا بالتدبير ولم يرد عليه عقد الكتابة لما عتق كله بالاداء وصار كما لو تقدمت الكتابة وتأخر التدبير ولهما أن المال قوبل بما يصح مقابلته به وبما لا يصح فانصرف كله الى ما يصح كرجل طلق امرأته طلقتين ثم طلقها ثلاثا بألف لزم الالف كله مقابلا بما بقى وهى الطلقة وهذا لان موجب الكتابة ثبوت ما لم يكن ثابتا للمكاتب والبدل بمقابلة ذلك لا بمقابلة ما هو ثابت له والتدبير يوجب استحقاق ثلث رقبته لا محالة فلا يتصور استحقاقه بالكتابة ليكون بمقابلته شئ من البدل فكان البدل كله بمقابلة ما وراءه ضرورة واذا ثبت أن بدل الكتابة مقابل بما وراء المستحق بالتدبير ولم يسلم شئ منه للعبد بموت المولى فلا يسقط شئ منه من بدل الكتابة وهذا بخلاف ما لو دبر مكاتبه لان البدل هناك مقابل بكل الرقبة اذ لم يستحق شئ من رقبته عند الكتابة فاذا عتق بعض الرقبة بعد ذلك بالتدبير سقط حصته من بدل الكتابة

(قوله والفرق لابى حنيفة أن البدلين حال فى مسئلة اليمين) أراد بمسئلة اليمين قوله آنفا لو أعتق عبده على ألف أو ألفين لانه فى قوة قوله ان أديت الى ألفا أو ألفين والشرط يمين عند الفقهاء اه

بقدره أما هنا فالكتابة وقعت بعد التدبير ومالية الثلث قد سقطت حتى لو أتلفه انسان لا يضمن الا قيمة الثلثين فكان البدل بازاء الثلثين ضرورة وليس هذا كما اذا أدى في حياته لان استحقاق الثلث قد بطل فبطل التقدير الذي قلنا ألا ترى أن أم الولد اذا كاتبها ثم مات سقط عنها بدل الكتابة كله لاستحقاقها الحرية بجهة أخرى فكأن نفسها كانت سالمة لها بتلك الجهة ولو أدت البدل في حال حياته صح الاداء وعتقت به لبطلان استحقاقها بالاداء في حال حياته قال رحمه الله (وان دبر مكاتبه صح) لانه يملك تنجيز العتق فيه فيملك التعليق فيه بشرط الموت وهذا لانه يملك رقبته وهذا التصرف نافع له لاحتمال أن يموت المولى قبل أداء بدل الكتابة فيعتق مجانا أو يعجز عن أداء بدل الكتابة فيبقى له جهة الحرية متحصلة قال رحمه الله (وان عجز بقي مدبرا) لوجود السبب الموجب له قال رحمه الله (والاسعى في ثلثي قيمته أو ثلثي البدل بموته معسرا) أي ان لم يعجز ومات المولى معسرا فهو بالخيار بين أن يسعى في ثلثي قيمته وبين أن يسعى في ثلثي بدل الكتابة وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يسعى في الاقل منهما فالخلاف في الخيار مبني على تعجزي الاعتاق وعدم تعجزيه على ما بيناه أما المقدار هنا فمتفق عليه لان بدل الكتابة مقابل بكل الرقبة اذ لم يستحق شيأ من الحرية قبل ذلك فاذا عتق بعض الرقبة مجانا بعد ذلك سقط حصته من بدل الكتابة بخلاف ما اذا تقدم التدبير لانه سلم له بالتدبير الثلث فيكون بدل الكتابة مقابلا بما لم يسلم له وهو الثلثان على ما بينا قال رحمه الله (وان أعتق مكاتبه عتق) لان ملكه قائم فيه وهو الشرط لنفوذ العتق قال رحمه الله (وسقط بدل الكتابة) لانه التزمه لتحصيل العتق وقد حصل بدونه وكذا المولى كان يستحقه مقابلا بالتحرير وقد فات ذلك بالاعتاق مجانا والكتابة وان كانت لازمة من جانب المولى لكنها تفسخ بالتراضي بالاجماع وقد رجع من المولى بالاقدام على الاعتاق ومن العبد بحصول غرضه بلا عوض وبسلامة أكسابه لان الكتابة تنفسخ في حق سقوط البدل خاصة وتبقى في حق غيره على ما بيناه تحقيقا قال رحمه الله (وان كاتبه على ألف مؤجل فصالحه على نصف حال صح) والقياس أن لا يجوز لانه اعتياض عن الاجل وهو ليس بمال والدين مال فكان ربا ولهذا لا يجوز مثله في الحر ومكاتب الغير وجه الاستحسان أن الاجل في حق المكاتب مال من وجه لانه لا يقدر على الاداء الا به فأعطي له حكم المال وبدل الكتابة مال من وجه حتى لا تصح الكفالة به فاعتبرا لا فلا ربا ولان عقد الكتابة عقد من وجه دون وجه لانه تعليق العتق بشرط الاداء ولانه شرع مع المنافي اذ الاصل أن لا يجري هذا العقد بين المولى وعبده اذ العبد ومافي يده لمولاه والاجل أيضا رباما من وجه فيكون شبهة الشبهة فلا يعتبر بخلاف العقد بين الحرين لانه عقد من كل وجه فكان ربا لاجل فيه شبهة ولان الصلح أمكن جعله فسخا للكتابة السابقة وتجديد العقد على خمسمائة حالة قال رحمه الله (مات مريضا كاتب عبده على ألفين الى سنة وقيمته ألف ولم تجز الورثة أدى ثلثي البدل حالا والباقي الى أجله أو ردرقيقا) معناه أن مريضا كاتب عبده على ألفين الى سنة وقيمته ألف درهم ثم مات المولى ولا مال له غيره فانه يؤدي ثلثي الالفين حالا والباقي الى أجله أو يرد رقيقا وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رضي الله عنهما وقال محمد رحمه الله يؤدي ثلثي الالف حالا والباقي الى أجله أو يرد رقيقا لان له أن يترك الزيادة بأن يكاتبه على قيمته فكان له أن يؤخر الزيادة وهي ألف درهم بالطريق الاولى فصار كما اذا خالع المريض امرأته على ألف الى سنة جاز وان لم يكن له مال آخر وصار كما لو أوصى مؤجلا لان له أن يطلقها بدون المال وهذا لان ما زاد على ثلثي قيمته كان المريض متمكنا من أن لا يملكه أصلا فاذا ملكه مؤجلا لا يثبت للورثة حق الاعتراض ولهما أن جميع المسمى بدل الرقبة حتى أجري عليه أحكام الابدال من حق الاخذ بالشفعة وجريان بيع المرابحة وحق الحبس بالمسمى كله فيما اذا باع ما يساوي ألفا بألفين وحق الورثة متعلق بالبدل فكذا بالبدل والتأجيل اسقاط معنى فيعتبر من ثلث الجميع بخلاف الخلع لان البدل فيه لا يقابل المال ولم تعلق حق الورثة بالبدل فكذا لا تعلق بالبدل وأصل المريض اذا باع عبدا قيمته ألف بثلاثة آلاف الى سنة ثم مات ولا مال له غيرها ولم تجز الورثة فعندهما

(قوله فاذا عتق بعض) أي وهو الثلث اه (قوله بعد ذلك) أي بالتدبير اه اتقاني (قوله والقياس أن لا يجوز) وبه قال الشافعي ومالك وفي الحلية وبه قال أبو يوسف وزفر اه درية (قوله اعتياض عن الاجل) كأنه اشترى من المكاتب خمسمائة معجلة بألف مؤجلة اه غاية (قوله فكان ربا) أي وهو حرام بين المولى وسيده ولهذا نص الحاكم في الكافي أن الرجل اذا اشترى من مكاتبه درهما بدرهمين لم يجز اه اتقاني (قوله ولهذا لا يجوز مثله) أي لو كان له دين على الحر أو مكاتب الغير مؤجلا فصالحه على بعضه معجلا لا يجوز بالاجماع فتح كذا هنا اه درية (قوله ولم تجز الورثة) أي التأجيل لان المريض لم تصرف في حق الورثة الا في حق التأجيل فكان لهم أن يردوه إذ بتأجيل المال آخر حق الورثة وفيه ضرر عليهم فلا يصح بدون اجازتهم كذا في المبسوط اه كاكي

يقال للمشترى إما أن تعجل ثلثى جميع الثمن والثلث عليك الى أجله والا فانقض البيع وعنده يقال له إما أن تعجل ثلثى القيمة والباقى عليك الى أجله والا فانقض البيع وحاصله أن المحاباة بالاجل تعتبر فى جميع الثمن وصيته من الثلث عندهما لان التأجيل تبرع من المريض من حيث إن الوارث يصير ممنوعا عن المال بسبب التأجيل كما يصير ممنوعا بنفس التبرع وتبرع المريض يعتبر من ثلث المال وجميع الثمن هنا بدل الرقبة بدليل أنه يثبت فيه أحكام الابدال وعنده الاجل فيما زاد على القيمة يصح من رأس المال ويعتبر فى قدر القيمة من الثلث قال رحمه الله (وان كاتبه على ألف الى سنة وقيمته ألفان ولم يجيزوا أدى ثلثى القيمة حالا أو مؤجلا) وهذا بالاجماع لان المحاباة هنا حصلت فى القدر والتأخير فاعتبر الثلث فيهما والفرق لمحمد بين هذه المسئلة وبين الاولى أن الزيادة على القيمة كانت حق المريض فى الاولى حتى كان يملك اسقاطها بالكلية بان يبيعه بقيمته فتأخيرها أولى لانه أهون من الاسقاط وهنا وقعت الكتابة على أقل من قيمته فلا يملك اسقاط ما زاد على ثلث قيمته ولا تأجيله لان حق الورثة تعلق بجميعه بخلاف الاولى قال رحمه الله (حر كاتب عن عبد ألف وأدى عتق وان قبل العبد فهو مكاتب) وصورة المسئلة أن يقول حر المولى العبد كاتب عبدك فلانا على ألف درهم على أنى ان أديت اليك ألفا فهو حر فكاتبه المولى على هذا الشرط وقبل الرجل ثم أدى ألفا فانه يعتق لان عتقه تعلق بادائه فيعتق بوجود الشرط من غير قبول العبد واجازته كما اذا علقه بغيره من الشروط واذا بلغ العبد فقبل صار مكاتبا لان الكتابة كانت موقوفة على اجازته وقبوله فصار اجازته فى الانتهاء كقبوله فى الابتداء ولو قبله فى الابتداء أو وكله به كان ينفذ فكذا اذا أجازه ولو قال العبد لا أقبله فأدى عنه الرجل الذى كاتب عنه لا يجوز لان العقد ارتد برده ولو ضمن الرجل لم يلزمه شئ لان الكفالة ببدل الكتابة لا تجوز ولو لم يقل على انى ان أديت اليك ألفا فهو حر فأدى لا يعتق قياسا لان العقد موقوف والموقوف لا حكم له ولم يوجد التعليق وفى الاستحسان يعتق لان الكتابة صحيحة نافذة فيما ينفع العبد وهو أن يعتق عند أداء المشروط موقوفة فيما يرجع الى وجوب البدل عليه نظرا للعبد وتصحيحا للعقد بقدر الامكان وقيل هذه هى صورة مسئلة الكتاب ولو أدى الطرالبدل عنه لا يرجع على العبد لانه متبرع فيه وحصل له مقصوده وهو عتق العبد فصار نظير ما لو تبرع بأداء الثمن عن المشترى وقيل يرجع على المولى ويسترد ما أداه ان أداه بضمان لان ضمانه كان باطلا لانه ضمن غير الواجب ألا ترى أنه لو ضمن المال فى الكتابة الصحيحة فأدى يرجع بما أدى فههنا أولى وان أداه بغير ضمان لا يرجع لانه تبرع به ليحصل العتق له فتم أداؤه هذا اذا أدى عنه بدل الكتابة كله وان أدى عنه بعضه فله أن يرجع به سواء أدى بضمان أو بغير ضمان لانه لم يحصل غرضه وهو العتق فكان حكم الاداء موقوفا فيرجع كما اذا تبرع بأداء الثمن فى بيع موقوف كان له أن يسترد من البائع لهذا المعنى بخلاف ما اذا قبل العبد الكتابة بنفسه ثم تبرع عنه انسان ببعض بدل الكتابة لا يرجع لان غرضه بذلك قد حصل وهى براءة ذمة العبد بقدره من البدل وهنا لم يكن فى ذمة العبد شئ حتى يبرأ بأدائه وكذا لو أداه قبل اجازة العبد العقد ثم أجاز ليس له أن يرجع بما أدى سواء أدى البعض أو الكل الا اذا أداه عن ضمان لان الكتابة بالاجازة نفذت من الابتداء فيكون الاداء مبرئا للمكاتب عن بدل الكتابة فيحصل مقصوده الا أن الضمان فاسد فيرجع عليه بحكم فساده قال رحمه الله (وان كاتب الحاضر والغائب وقبل الحاضر صح) أى كاتبهما المولى ومعنى المسئلة أن يقول العبد الحاضر لسيده كاتبنى عن نفسى وعن فلان الغائب فكاتبهما فقبل الحاضر جازت هذه الكتابة استحسانا والقياس أن لا تجوز الا عن نفسه لولايته عليه كمن باع ماله ومال غيره أو كاتب عبده وعبد غيره فانه يجوز فى عبده لوجود الولاية عليه دون عبد غيره لعدمها ووجه الاستحسان أن المولى خاطب الحاضر قصدا وجعل الغائب تبعا له والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالامة اذا كوتبت دخل فى كتابتها ولدها المولود فى الكتابة أو المشترى فيها أو المضموم اليها فى العقد تبعا لها حتى يعتقوا بأدائها وليس عليهم شئ من البدل ولان هذا تعليق العتق

بأداء الحاضر والمولى ينفرد به فى حق الغائب فيجوز من غير توقف ولا قبول من الغائب كما لو كاتب الحاضر بألف ثم قال ان أديته الى فلان حر فانه يصح من غير قبول الغائب فكذا هذا فاذا أمكن جعل الغائب تبعا استغنى عن شرط رضاه ويتفرد به الحاضر ويطالب الحاضر بكل البدل لان كله عليه دون الغائب ولا تعتبر اجازة الغائب ولا رده اذ لا يتوقف فى حقه ولا يؤاخذ الغائب بالبدل ولا بشئ منه لانه ليس عليه دين الكتابة أصلا ولو اكتسب شيأ ليس للمولى أن يأخذه من يده وليس له أن يبيعه من غيره لانه مكاتب تبعا ولو أبرأه المولى أو وهبه مال الكتابة لا يصح لعدم وجوبه عليه ولو أبرأه الحاضر أو وهبه له عتقا جميعا ولو أعتق الغائب سقط عن الحاضر حصته من البدل لان الغائب دخل فى العقد مقصودا فكان البدل منقسما عليهما وان لم يكن مطالبا به بخلاف الولد المولود فى الكتابة حيث لا يسقط عن الام شئ من البدل بعتقه لانه لم يدخل مقصودا ولم يكن يوم العقد موجودا وانما دخل فى الكتابة بعد ذلك تبعا لها وكذا ولدها المشترى ولو أعتق الحاضر لم يعتق الغائب وسقط حصة الحاضر من الكتابة ويؤدى الغائب حصته حالا والارتد فى الرق بخلاف الولد المولود فى الكتابة حيث يبقى على نجوم ولده اذا مات على ما عرف فى موضعه قال رحمه الله (وأى أدى عتقا) أى أيهما أدى بدل الكتابة عتقا لوجود شرط عتقهما وهو أداء بدل الكتابة ويجبر المولى على القبول أما اذا دفع الحاضر فلان البدل عليه وهو أصل فيه وأما اذا دفع الغائب فلانه ينال به شرف الحرية فيجبر المولى على القبول لكونه مضطرا اليه كما اذا أدى ولد المكاتب فانه يجبر على القبول وان لم يكن البدل عليه كمغير الرهن اذا دفع الدين الى المرتهن فان المرتهن يجبر على القبول لحاجته الى استخلاص عينه وان لم يكن عليه الدين قال رحمه الله (ولا يرجع على صاحبه) أى لا يرجع واحد منهما على الآخر بما أدى الى المولى من بدل الكتابة أما الحاضر فلانه قضى دينا عليه فلا يرجع به على غيره وان عتق معه لانه تبع له كما اذا أدى المكاتب البدل وعتق معه ولده وأبوه فانه لا يرجع عليهم بشئ وان عتقوا معه لكونهم أتباعا وأما الغائب فلانه أدى بغير أمره وليس بمضطر فيه من جهته بل يطالب نفسه ابتداء بخلاف مغير الرهن اذا أدى الدين لاستخلاص عينه فانه يرجع على الراهن لانه مضطر من جهته قال رحمه الله (ولا يؤخذ غائب بشئ) أى لا يطالب المولى الغائب ببدل الكتابة لانه لا دين عليه اذ لم يلتزم له شيأ وانما دخل فى الكتابة تبعا فصار نظير ولد المكاتب فانه لا يطالب بشئ اذ ليس عليه دين ومع هذا لو أدى البدل يجبر المولى على القبول قال رحمه الله (وقبوله لغو) أى قبول الغائب لغو لا يعتبر وكذا رده لغو لان الكتابة قد نفذت وعتقت من غير قبوله فلا يعتبر بعد ذلك قبوله ولا يتغير برده كمن كفل بدين عن غيره بغير أمره فبلغه فأجاز فاجازته باطلة ولا يعتبر حكمه حتى لو أدى عنه لا يرجع عليه قال رحمه الله (وان كاتبت الامة عن نفسها وعن ابنين صغيرين لها صح وأى أدى لم يرجع) وهذا استحسان والقياس أن لا يجوز وقد ذكرنا وجهه فى المسئلة الأولى لان هذه مثلها فى جميع ما ذكرنا من الاحكام لان الام أو الاب الرقيق لا ولاية له على ولده فيكون دخول الولد فى كتابتها بالشرط لا بالولاية كدخول الغائب فى كتابة الحاضر وأيهم أدى يجبر المولى على القبول وقبول الاولاد لكتابة ورقهم لا يعتبر ولو أعتق المولى الام عتق عليهم من بدل الكتابة بحصتهم يؤدونها فى الحال بخلاف ولد المولود فى الكتابة أو المشترى حيث يعتق بعتقها ويطالب المولى الام بالبدل دونهم ولو أعتقهم سقط عنها حصتهم وعليها الباقى على نجومها ولو اكتسبوا شيأ ليس للمولى أن يأخذه ولا له أن يبيعهم ولو أبرأهم عن الدين أو وهبهم لا يصح ولها يصح فتعتق ويعتقون معها لما ذكرنا فى كتابة الحاضر مع الغائب والله سبحانه وتعالى الموفق

﴿باب كتابة العبد المشترك﴾

قال رحمه الله (عبد لهما أذن أحدهما لصاحبه أن يكاتب حظه بالغ بقبض بدل الكتابة مكاتب

(قوله وليس بمضطر فيه) يناقض ما تقدم من قوله لكونه مضطرا اه قارئ الهداية من خط الشارح

﴿باب كتابة العبد المشترك﴾

الفارغ عن كتابة عبد غير مشترك شرع فى كتابة عبد مشترك بين اثنين لان الاصل عدم الاشتراك ولان الاثنين بعد الواحد وأطلق كتابة العبد المشترك ولم يقيد بكتابة أحد الشريكين أو بكتابتهما حتى يشمل الامرين لان الباب لبيانهما جميعا اه اتقانى

وقبض بعضه فعجز فالمقبوض للقابض) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا هو مكاتب بينهما وأصله أن الكتابة تتجزأ عنده وعندهما لا تتجزأ وأصل الخلاف في الاعتاق هل يتجزأ أم لا لان الكتابة شعبة من شعبه اذ هي تفيد الحرية في الحال يدا وفي المآل رقبة فيقتصر على نصيبه عنده وفائدة الاذن بالكتابة أن لا يكون له حق الفسخ كما يكون له اذا لم يأذن وفائدة اذنه بالقبض أن ينقطع حقه فيما قبض بل يختص به القابض لان اذنه بالقبض اذن للعبد بالاداء اليه منه فيكون متبرعا بنصيبه على المكاتب فيصير المكاتب أخص به فاذا قضى به دينه اختص به القابض وسلم له كله كرب الوديعة اذا أذن للمودع بقضاء دينه من الوديعة فقضى لم يبق لرب الوديعة عليه سبيل كذا هذا الا اذا نهاه قبل الاداء فيصح نهيه لانه تبرع لم يتم بعد وانما قلنا ذلك لان المكاتب نصف كسبه له لا يتعرض له فيه أحد لكون نصفه مكاتبا والنصف للشريك الذي لم يكاتب لان نصيبه قن فيكون كسبه له فاذا أذن للمكاتب أن يصرفه بدينه صح اذنه وتم بالقضاء دينه به فلهذا كان المقبوض للقابض وان عجز المكاتب ولا يرجع الاذن بذلك وان لم يحصل مقصوده وهو الحرية لان المتبرع عليه هو العبد ولو رجع لرجع به على العبد والمولى لا يستوجب على عبده دينا بخلاف ما اذا تبرع شخص بقضاء ثمن المبيع ثم استحق أو هلك قبل القبض وانفسخ البيع أو تبرع بقضاء مهر ثم حصلت الفرقة من جهة المتبرع عنه حيث يرجع بالثمن والمهر لان ذمة البائع والمرأة محل صالح لوجوب دين المتبرع عليهما فأمكن الرجوع ولو كان الشريك الآذن مريضا وأدى من كسبه بعد الاذن صح من جميع المال وان أدى من كسبه قبله صح من الثلث لانه تبرع بعين مال وفي الاول بالمنافع اذ لم يكن المال موجودا حالة الاذن فالتبرع بالمنافع لا يعتبر من الثلث بل ينفذ من جميع المال بخلاف العين وعندهما الكتابة لا تتجزأ فيكون الاذن بكتابة نصيبه اذنا بكتابة كله فاذا كاتبه صار كله مكاتبا كاتب نصيبه بالاصالة ونصيب شريكه بالوكالة فيكون مكاتبا لهما ويكون بدل الكتابة بينهما والمقبوض بينهما قبل العجز وبعده ولو كاتبه بغير اذن شريكه صار نصيبه مكاتبا عنده وعندهما صار كله مكاتبا لما ذكرنا وكان للساكت أن يفسخ بالاجماع قبل أن يؤدي بدل الكتابة دفعا للضرر عن نفسه بخلاف ما اذا باع نصيبه حيث لا يفسخ البيع لانه لا ضرر فيه اذ لا يخرج نصيبه من يده ولا يؤول الى ذلك وبخلاف العتق وتعليق عتقه بالشرط حيث لا يفسخ لانه لا يقبل الفسخ ولو أدى بدل الكتابة عتق نصيبه خاصة عند أبي حنيفة رحمه الله لان العتق يتجزأ عنده وللساكت أن يأخذ من الذي كاتب نصف ما أخذ من بدل الكتابة لانه كسب عبد مشترك بينهما ثم ينظر ان كاتب كله بألف لم يرجع على المكاتب بشيء مما أخذه منه شريكه لانه سلم له بدل نصيبه وان كاتب نصيبه فقط بألف رجع على المكاتب بما أخذ شريكه لان الكل كان بدل نصيبه فلم يسلم له الا بعضه فيرجع به عليه وعندهما بالاداء عتق كله ويرجع الساكت على شريكه ان كان موسرا والا فعلى العبد كما لو أعتقه وله أن يأخذ نصف ما بقي من الاكساب لانه كسب عبد مشترك ولو كاتبه الساكت بمائة دينار بعد الاول صار مكاتبا لهما أما عنده فظاهر لان نصيبه لم يتكاتب من قبل فصح كتابته بعد الاول لان الكتابة تتجزأ عنده فنفذ كتابة كل واحد منهما وأما عندهما فلان الساكت كان له أن يفسخ فاذا كاتبه كان فسخا منه في نصيبه وأيهما قبض شيأ من بدل نصيبه لا يشاركه صاحبه في ذلك وتعلق عتق نصيب كل واحد منهما بجميع بدل الكتابة المسمى في كتابة نصيبه فان أدى اليهما معا فالولاء لهما عندهم وان قدم أحدهما صار مكاتبهما حر ره أحدهما يعتق نصفه عند أبي حنيفة رحمه الله ويبقى نصيب صاحبه مكاتبا ولا ضمان ولا سعاية الا أن يجز المكاتب فيخير الساكت بين تضمين المعتق والاعتاق واستسعاء العبد ان كان المعتق موسرا وبين الاستسعاء والاعتاق ان كان معسرا وعند أبي يوسف يضمن المعتق ان كان موسرا ويستسعى العبد في نصف قيمته ان كان معسرا وعند محمد يضمن الاقل من قيمة نصيبه ومن بدل الكتابة في اليسار وفي الاعسار سعى في ذلك وان كاتباه كتابة واحدة لا يعتق بأداء نصيب أحدهما اليه ويعتق باعتاقه وابرائه

(قوله فهي أم ولد للاول) قال الاتقاني رحمه الله وعلى الاول نصف قيمتها الثاني لانه ملك نصيبه منها حين عجزت عند أبي حنيفة وعليه نصف العقر لانه وطئ مكاتبة مشتركة بينه وبين صاحبه فوجب العقر كله عليه فصار ذلك كسبا لها ثم لما عجزت كان ذلك الكسب بينهما فسقط عنه نصيبه وبقي نصيب صاحبه فلذلك وجب نصف العقر فان كان أدى العقر اليها قبل العجز صح لانه كسبها وأما الشريك الساكت فقد أقر بوطء أمة كلها ملك الاول على اعتبار العجز فيغرم عقرا كاملا وعلى اعتبار الكتابة يغرم عقرا كاملا أيضا لانها مكاتبة بينهما ووطء الرجل مكاتبته يوجب العقر كوطء مكاتبة الغير وان أدى العقر اليها صح لانه كسبها وان لم يؤد اليها أدى الى شريكه لان العقر صار كله حقا له بالعجز وعندهما لما تكامل الاستيلاد للاول لم تصح دعوة الثاني ولم يغرم قيمة الولد (١٦٧) وضمن عقرا كاملا للاول لانه أقر بوطء

وهبته نصيبه لانه لم يبق له حق قبله فيكون حكمه كالمسئلة الاولى في التضمين والسعاية والعتق والاختلاف فيها وباستيفاء نصيبه لم يبرأ لان المقبوض حقهما ولهذا يرجع عليه شريكه فلا يعتق حتى يؤدي الكل وحكمه ظاهر قال رحمه الله (أمة بينهما كاتباها فوطئها أحدهما فولدت فادعاه ثم وطئها الآخر فولدت فادعاه فعجزت فهي أم ولد للاول وضمن لشريكه نصف قيمتها ونصف عقرها وضمن شريكه عقرها وقيمة الولد وهو ابنه وأي دفع العقر الى المكاتبة صح) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما هي أم ولد للاول وهي مكاتبة كلها وعليه نصف قيمتها لشريكه عند أبي يوسف رحمه الله وعند محمد رحمه الله الاقل من نصف القيمة ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة ولا يثبت نسب الولد الاخير من الآخر ولا يكون الولد بالقيمة ويغرم العقر لها وهذا الاختلاف مبني على الاختلاف في تجزي استيلاد المكاتبة فعنده يتجزأ وعندهما لا يتجزأ واستيلاد القنة لا يتجزأ بالاجماع واستيلاد المدبرة يتجزأ بالاجماع فاذا عرفنا هذا فنقول اذا ادعى أحدهما الولد الاول صحت دعوته لانه استولدها وله في نصفها ملك وهو يكفي لصحة الاستيلاد وصار نصيبه أم ولد له ولم يملك نصيب صاحبه وبقي نصيب الآخر مكاتبا على حاله وقالا يملك نصيب صاحبه وصارت كلها أم ولد له لان الاستيلاد يجب تكميلا ما أمكن ألا ترى أنه لو استولد أمة مشتركة تصير كلها أم ولد للمستولد لامكان التكميل بالتملك لكونها قابلة للنقل وقد أمكن هنا لان الكتابة تحتمل الفسخ والاستيلاد لا يحتمل فرجحنا الاستيلاد فكملناه وفسخنا الكتابة في حق الثلث وهي لا تتضرر به والكتابة تنفسخ فيما لا يتضرر به المكاتب وتبقى فيما وراءه ولهذا يعجز عنه عن الكفارة بخلاف ما لو استولد مدبرة مشتركة فانه لا يكمل ويقتصر على نصيبه لانه لا يمكن تكميلها اذ التدبير يمنع النقل من ملك الى ملك ولا يقال لم لا تنفسخ الكتابة ضمنا لصحة الاستيلاد لانا نقول في انفساخها اضرار ببطلان حقها في الكتابة والكتابة لا تنفسخ فيما يتضرر به المكاتب ولابي حنيفة رحمه الله أن الاستيلاد يقبل التجزي اذا وقع في محل لا يقبل النقل كالمدبرة بين اثنين اذا استولدها أحدهما فانه يتجزأ ويقتصر الاستيلاد على نصيبه والكتابة لازمة كالتدبير فلا تقبل النقل من ملك الى ملك فيقتصر الاستيلاد على نصيبه كما في المدبرة المشتركة فاذا جاءت بولد آخر وادعاه الآخر فقد ادعى نسب ولد أمة نصفها ملكه فتصح دعوته ويثبت نسبه منه فاذا عجزت بعد ذلك جعل كأن الكتابة لم تكن وتبين أن الامة كلها أم ولد للاول لان المقتضي للتكميل قائم والمانع من التكميل الكتابة وقد زالت فيعمل المقتضي عمله من وقت وجوده كالبيع بشرط الخيار للبائع اذا أسقط الخيار يثبت الملك به من وقت وجوده فيضمن للآخر نصف قيمتها لانه ملك نصيبه لتكامل الاستيلاد ونصف عقرها وضمن الآخر عقرها وقيمة الولد والولاء

أم ولد الغير ولكن سقط الحد لكان الشبهة ويضمن الاول نصف قيمتها ونصف عقرها لانه استولد جارية مشتركة بينه وبين غيره اه (قوله ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة) أي ولا يجوز وطء الآخر لها اه غاية (قوله واستيلاد القنة لا يتجزأ) بأتي تعليل بعد أربعة أسطر في الشرح اه (قوله واستيلاد المدبرة يتجزأ) بأتي تعليل في هذه الصفحة من الشرح اه (قوله والاستيلاد لا يحتمل) ألا ترى أن من كاتب أم ولده ثم مات تنفسخ الكتابة وكذا اذا أعتق المكاتب من غير جهة الكتابة تنتقض الكتابة واذا انفسخت الكتابة صارت قنة والاستيلاد في القنة لا يتجزأ وليس كذلك اذا استولد رجل مكاتبة نفسه حيث لا تنتقض الكتابة لان نقض الكتابة في المكاتبة المشتركة للحاجة الى تكميل الاستيلاد ولا حاجة الى التكميل في مكاتبة نفسه لان الاستيلاد كامل اه اتقاني (قوله والكتابة تنفسخ فيما لا يتضرر به المكاتب) أي في أم ولد نفسه فيما حيث لا تبقى محلا للابتذال كالبيع والهبة اه اتقاني (قوله وتبقى) أي الكتابة (فيما وراءه) أي في غير ما لا يتضرر به المكاتب يعني أن الكتابة تنفسخ ضرورة تكامل الاستيلاد لان لها فيه نفعا والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة ولا يظهر أثر الانفساخ في غير موضع الضرورة حتى تبقى مكاتبة في غيره كما كانت حتى لا يسقط نصف بدل الكتابة بل تبقى مكاتبة بجميع بدل الكتابة وحتى لا يجب على المستولد الاول قيمة النصف قنا بل يجب قيمة النصف مكاتبا وحتى لا تعتق بانفساخ الكتابة الى نصيب المستولد وحتى لا يجب الحد على الثاني لانه جعل واطئا مكاتبته فافهم اه اتقاني (قوله فلا تقبل النقل من ملك الى ملك) أي بسائر الاسباب فكذا لا تقبل بالاستيلاد وتحقيقه أن الاستيلاد يجب القول بتجزيه اذا ما رضه حق لازم اه اتقاني (قوله ونصف عقرها) أي لو وطئه جارية مشتركة اه هداية

(قوله ثم قال أبو منصور الماتريدي اذا بقيت الخ) قال الاتقاني ثم عندهما المأمور كلها أم ولد للاول قبل العجز بقي مكاتبة ولكن اختلف المشايخ قال بعضهم بنصف بدل الكتابة وقال بعضهم بجميع بدل الكتابة والاول قول الشيخ الامام أبي منصور الماتريدي لان الكتابة لما انفسخت في نصيب الثاني سقط نصف بدل الكتابة وحصلت البراءة عن نصف البدل فصارت مكاتبة بالنصف فصار عتقها معلقا بأداء النصف والثاني قول عامة المشايخ لان انفساخ الكتابة أمر ضروري ثبت في حق التمليك ضرورة تكامل

حرا بالقيمة لان الآخر بمنزلة المغرور لانه وطئها على ظن أنها على حكم ملكه وظهر بالعجز وبطلان الكتابة أنه لا ملك له فيها وولد المغرور ثابت النسب منه حر بالقيمة لكنه وطئ أم ولد الغير فلزمه كمال العقر وأيهما دفع العقر الى المكاتبة جاز لانه حقها حال قيام الكتابة لاختصاصها بنفسها فاذا عجزت تردّه الى المولى لانه ظهر اختصاصه بها وهذا كله عند أبي حنيفة رضي الله عنه وعندهما هي أم ولد الاول تكميلا للاستيلاد لان الكتابة تنفسخ فيما لا يتضرر به المكاتب على ما مر واذا صارت كلها أم ولد له فوطئ الثاني صادف أم ولد الغير فلا يثبت نسب الولد منه ولا يكون حرا بالقيمة ولزمه كل المهر لان الوطء في دار الاسلام لا يخلو عن الضمان اجبارا أو الحد الزاجر فتعذر ايجاب الحد للشبهة فيجب العقر ثم قال أبو منصور الماتريدي رحمه الله اذا بقيت الكتابة عندهما صارت كلها مكاتبة للمستولد بنصف بدل الكتابة لان الكتابة انفسخت فيما لا تتضرر به المكاتبة ولا تتضرر بسقوط نصف بدل الكتابة والجمهور على أنها مكاتبة له بكل بدل الكتابة لان الانفساخ ضروري فلم يظهر فيما وراء الضرورة وهو حكم التملك فبقي الكل للاول كما كان والمكاتبة هي التي تعطى العقر لاختصاصها بنفسها وبأبدال منافعها ولو عجزت وردت في الرق ترد الى الاول لظهور اختصاصه بها ثم قال أبو يوسف رحمه الله يضمن الاول لشريكه نصف قيمتها مكاتبة لانه يملك نصيب شريكه مكاتبة موسرا كان أو معسرا لانه ضمان التملك وهو لا يختلف بهما وقال محمد رحمه الله يضمن الاقل من نصف قيمتها ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة لان حق الشريك في نصف القيمة على اعتبار العجز عن الاداء وفي نصف بدل الكتابة على اعتبار الاداء والاقل متيقن فيجب الاقل قال رحمه الله (وان دبر الثاني ولم يطأها فعجزت بطل التدبير) وهذا بالاجماع أما عندهما فلان المستولد يملكها قبل العجز وأما عنده فلانه بالعجز ظهر أن كلها أم ولد للاول وان الثاني لم يكن له فيها ملك لما مر والملك شرط لصحة التدبير بخلاف ثبوت النسب لان الملك من حيث الظاهر كاف لثبوت النسب واستحقاق الولد بالغرور ولا كذلك التدبير فانه لا يثبت بالشبهات ولهذا لو اشترى أمة فدبرها ثم استحقت بطل التدبير ولو استولدها وفاستحقت لم يبطل النسب وكان الولد حرا بقيمته فكذا هنا (وهي أم ولد للاول) لانه يملك نصيب شريكه وكل الاستيلاد لا مكان قال رحمه الله (وضمن لشريكه نصف قيمتها) لانه يملك نصفها بالاستيلاد على ما بينا قال رحمه الله (ونصف عقرها) لانه وطئ جارية مشتركة بينهما فيجب عليه العقر بحسابه وقد بيناه من قبل قال رحمه الله (والولد للاول) لان دعواه قد صحت على ما مر وهذا كله بالاجماع قال رحمه الله (وان كاتبها فجزرها أحدهما موسرا فعجزت ضمن لشريكه نصف قيمتها ورجع به عليها) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يرجع المعتق عليها ويستسعيها الساكت ان كان المعتق معسرا وأصل أن الاعتاق لا يتجزأ عندهما والكتابة لا تمنع العتق فعتقت كلها للحال عندهما وانفسخت الكتابة ثم الساكت يضمن المعتق ان كان موسرا ولا يرجع المعتق عليها لانه ضمن باعتاقه وهو فعله فلا يلزمها ضمان ما لزمه بفعله ومن أصل أبي حنيفة رحمه الله أن العتق يتجزأ فجاز اعتاق نصف المكاتبة ولا يؤثر الفساد في نصيب الساكت زيادة على ما أوجبته الكتابة فلا يظهر ما دامت مكاتبة لان اعتاق النصف عندي يؤثر في جعل الباقي كالمكاتب وهي كانت مكاتبة قبل الاعتاق فكان الاعتاق محققا

الاستيلاد فلا يظهر فيما عدا ذلك أعني في حق سقوط نصف بدل الكتابة فيبقى العقد الاول كما كان ولهذا جعل أبو يوسف ومحمد ذلك بمنزلة تملك المكاتبة ألا ترى أن أبا يوسف قال يضمن نصف قيمتها مكاتبة وقال محمد يضمن الاقل من نصف القيمة ومن نصف بدل الكتابة فاتفقا على قيام الكتابة في ذلك النصف (قوله ثم قال أبو يوسف الخ) قال الاتقاني ثم اختلف أبو يوسف ومحمد فقال أبو يوسف يضمن قيمة نصيب شريكه بالغة ما بلغت يعني نصف قيمته مكاتبا وقال محمد يضمن الاقل من نصف القيمة ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة وكذلك هذا الاختلاف في مكاتب بين اثنين أعتقه أحدهما ووجه قول أبي يوسف أن المدعى تملك نصيب صاحبه حتى صار كله مكاتبا له فيضمن قيمة ما ملكه موسرا كان أو معسرا وفي مسئلة العتاق أتلفه فيضمن ما أتلفه ان كان موسرا اه (قوله نصف قيمتها مكاتبة) لم يتحرر لنا مقدار قيمة المكاتبة اه اق (قوله في المتن بطل التدبير) بالاتفاق وهذا ظاهر لا يشكل على قولهما لان تدبير الثاني لكتابتها لم يصادف ملكه لان الاول لما استولدها صار كلها أم ولد له ومكاتبة له وأما عند أبي حنيفة فلان الجارية لما عجزت ظهر أن كلها أم ولد للاول وللثاني قبل عجزها فيها ظاهر الملك لا حقيقته وظاهر الملك كاف لثبوت النسب اه اتقاني (قوله لانه يملك نصفها بالاستيلاد على ما بينا) أي في تعليل قول أبي حنيفة اه (قوله وقد بيناه من قبل) أي في تعليل القولين اه

(قوله فتدبير أحدهما يقتصر على نصيبه) أي خلافا لهما اه (قوله ولكن يفسد به نصيب شريكه) أي لان المدبر كان يستخدمه فبعد اعتاق الثاني له الاستخدام اه اتقاني (قوله وأشباهه) كالهبة والصدقة والارث والوصية اه (١٦٩) (قوله وأمثاله) كالاجارة والاعارة والوطء اه (قوله والاعتاق وتوابعه) وهي الكتابة والاستيلاد والتدبير والاعتاق على مال اه ﴿فرع﴾ قال قاضيخان في شرح الجامع الصغير منافع المملوك ثلاثة الاسترباح بالبيع والاستخدام وقضاء الدين من ماليته بعد الموت وبالتدبير تفوت منفعة واحدة وهي الاسترباح وبالاستيلاد تفوت منفعتان قضاء الدين بعد الموت والاسترباح فتوزع القيمة على ذلك فتكون قيمة المدبر ثلثي قيمته قنا وقيمة أم الولد ثلث قيمتها قنة اه

﴿باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى﴾

وانما ذكر هذا الباب آخرا لان الموت والعجز عارضان بعد الكتابة فكان التأخير هو المناسب لان العارض بعد الاصل اه غاية (قوله في المتن مكاتب عجز عن نجم الخ) قال في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في المكاتب يعجز فيقول أخروني قال ان كان له مال حاضر أو مال غائب يرجى قدومه أخرته يومين أو ثلاثة لا أزيده على ذلك شيأ وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا أرده في الرق حتى يتوالى عليه نجمان الى هنا لفظ أصل الجامع الصغير وقول ابن أبي ليلى كقول أبي يوسف كذا في المختلف اه اتقاني (قوله لابلاء) أي اظهار اه (قوله وقال أبو يوسف لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان) ومعنى النجم هو الطالع ثم سمي به الوقت المضروب ومنه قول الشافعي أقل

لكتابتها فلا يضمن المعتق قبل العجز لعدم ظهور أثر الاعتاق فيها فاذا عجزت ظهر أثر العتق فيها فكان للساكت الخيارات المذكورة في العتاق وهي ان كان المعتق موسرا فله أن يعتق وان شاء استسعى العبد وان شاء ضمن المعتق فاذا ضمن المعتق كان للمعتق أن يرجع على العبد المعتق لانه قام مقام الساكت وان كان المعتق معسرا كان له خيار العتق أو الاستسعاء على ما ينافي العتاق وعلى هذا الخلاف لو دبر المكاتبة أو استولدها فعنده لا يظهر حكم الاستيلاد ولا التدبير الا بعد عجزها لانهما يتجزآن عنده فيقتصران على نصيبه ونصيب شريكه مكاتب على حاله وكذا نصيبه لان التدبير والاستيلاد لا ينافيان الكتابة ابتداء ولا بقاء فبقيا على ما كانا عليه بخلاف الاعتاق لان نصيبه بعد الاعتاق لا يقبل الكتابة ابتداء ولا بقاء فينفسخ في نصيبه دون نصيب شريكه فاذا عجزت ظهر أثرهما فيضمن قيمتها موسرا كان أو معسرا لانه ضمان تملك وعندهما لا يتجزآن فصارت كلها أم ولد له أو مدبرة لان الكتابة لا تمنع النقل لانها تفسخ في حق ما ينفعها ثم تبقى مكاتبة على حالها اذ لا تنافي بينهما ويضمن لشريكه نصف قيمتها في الحال موسرا كان أو معسرا لانه ضمان تملك فلا يختلف بين اليسار والاعسار ويضمن العقر في الاستيلاد قال رحمه الله (عبد لهما دبره أحدهما ثم حرره الآخر للمدبر أن يضمن المعتق نصف قيمته وان حرره أحدهما ثم دبره الآخر لا يضمن المعتق) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله ووجهه أن التدبير يتجزأ عنده فتدبير أحدهما يقتصر على نصيبه لكن يفسد به نصيب الآخر فيثبت له خيرة الاعتاق والتضمين والاستسعاء لما عرف من مذهبه فاذا أعتق لم يبق له خيار التضمين والاستسعاء واعتاقه يقتصر على نصيبه لانه يتجزأ عنده ولكن يفسد به نصيب شريكه فله أن يضمنه قيمة نصيبه وله خيار الاعتاق والاستسعاء أيضا كما هو مذهبه فاذا ضمنه يضمنه قيمة نصيبه مدبرا لان الاعتاق صادفه وهو مدبر ثم قيل قيمة المدبر تعرف بالتقويم وقيل يجب ثلثا قيمته وهو قن لان المنافع أنواع ثلاثة البيع وأشباهه والاستخدام وأمثاله والاعتاق وتوابعه والفائت البيع فيسقط الثلث واذا ضمنه لا يتملك بالضمان لانه لا يقبل النقل من ملك الى ملك كما اذا غصب مدبرا وأبق وضمن الغاصب قيمته فانه لا يتملك فكذا هذا وان أعتقه أحدهما أولا كان للآخر الخيارات الثلاث عنده فاذا دبره لم يبق له خيار التضمين وبقي خيار الاعتاق والاستسعاء لان المدبر يعتق ويستسعى وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا دبره أحدهما فاعتاق الآخر باطل لانه لا يتجزأ عندهما فيتملك نصيب صاحبه بالتدبير ويضمن نصف قيمته موسرا كان أو معسرا لانه ضمان تملك فلا يختلف بهما ويضمن نصف قيمته قنا لانه صادفه التدبير وهو قن وان أعتقه أحدهما أولا فتدبير الآخر باطل لان الاعتاق لا يتجزأ عندهما فيعتق كله فلم يصادف التدبير الملك وهو يعتمده ويضمن نصف قيمته ان كان موسرا لان هذا ضمان الاعتاق فيختلف باليسار والاعسار عندهما والله أعلم بالصواب

﴿باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى﴾

قال رحمه الله (مكاتب عجز عن نجم وله مال سيصل لم يعجزه الحاكم الى ثلاثة أيام) نظرا الى الجانبين والثلاثة هي المدة التي ضربت لابلاء الاعذار كامهال الخصم للدفع والمدين للقضاء فلا يزاد عليه قال رحمه الله (والا عجزه وفسخها أو سيده برضاه) يعني ان لم يكن له مال سيصل في ثلاثة أيام فسخ القاضي الكتابة أو فسخ المولى برضا المكاتب وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان لقول علي رضي الله عنه اذا توالى على المكاتب نجمان رد في الرق

التأجيل نجمان أي شهران ثم سمي به ما يؤدّى فيه من الوظيفة اه اتقاني (قوله والأثر فيما لا يدرك بالقياس كالخبر) وبقول أبي يوسف قال أحمد وابن أبي ليلى وابن عيينة والحسن بن حي اه كاكي (قوله ولانه عقد إرفاق) أي رفق يقال رفقت به وأرفقت بعني كذا في الصحاح اه اتقاني (قوله وحالة الوجوب الخ) يعني الفسخ للعجز ولا يتحقق العجز الا بتوالي نجمين فلا يثبت حق الفسخ قبل دليله وهذا لانه لما مضى نجم صار حالا والعجز عن البدل الحال لا يوجب الفسخ ولا يتحقق الا بعد الامهال وابلاء العذر اه كاكي (قوله وأولى المدد) أي أحق الآجال (١٧٠) ما أجمع عليه العاقدان اه كاكي (قوله ما توافق عليه العاقدان) أي وهو النجم

الثاني فاذا مضى الثاني تحقق العجز فوجب الفسخ اه كاكي وكتب ما نصه قال فخر الاسلام على البزدوي وقول أبي يوسف استحسان صار اليه تيسيرا على العبد اه اتقاني (قوله كما في شرط الخيار وفي قصص الاخيار) فان الخضر قال لموسى بعد الثلاثة هذا فراق بيني وبينك اه (قوله اذا استمهل ثلاثا يمهل) أي ولم يكن بهذا القدر ممتنعا من الاداء فكذلك ههنا بخلاف ما اذا لم يكن له وجه أصلا حيث لا ينتظر عليه أصلا لانه تبين عجزه والمولى لم يرض بحلية الاداء المال فلا يلزمه ما لم يرض به من المدة اه اتقاني (قوله فلا بد من القضاء بالفسخ) أي لان هذا عيب يمكن في أحد العوضين بعد القبض لان المكاتب بالعقد صار في يده اه كاكي (قوله ولا يشترط رضا المكاتب) أي لان هذا عيب يمكن في أحد العوضين قبل تمام العقد لان تمام العقد بالاداء فصار اه كاكي (قوله وحكم بعتقه في آخر حياته) وأجمعوا أنه اذا مات عاجزا مات عبدا العتق وتفسخ الكتابة وتفسير الوفاء أنه اذا مات وترك ولدا فانه يؤمر بأن يسعى ويؤدّي بدل الكتابة ويجعل أداؤه كأدائه ويحكم بحريته في آخر جزء من أجزاء حياته وان لم يكن له ولد وترك مالا يفي بدل الكتابة فانه يؤدّي بدل الكتابة منه ويحكم بحريته كذا في الطريقة البرهانية اه اتقاني (قوله وكذا يحكم بعتق أولاده) أي المولودين أو المشترين في حال الكتابة اه كاكي (قوله وهو قول) أي قول علي واه هداية (قوله وما ترك فهو لمولاه) أي وبه قال أحمد والنخعي والشعبي وقتادة وأبو سليمان وأصحابه وعمر بن عبد العزيز اه كاكي

والاثر فيما لا يدرك بالقياس كالخبر ولانه عقد إرفاق حتى كان التأجيل فيه سنة وحالة الوجوب بعد حلول نجم فلا بد من امهال مدة وأولى المدد ما توافق عليه العاقدان ولان الفسخ للعجز والعجز لا يثبت ولا يتحقق بمجرد الحلول فلا بد من امهال مدة فكان ما اتفقا عليه أولى ولهما ما روى عن ابن عمر رضي الله عنهما أن مكاتبا له عجز عن نجم فرده في الرق ولان المقصود بالعقد من جانب المولى تعيين المسمى عند انقضاء النجم الاول وانه قد فات فوجب تخييره كما لو توالى عليه نجمان وهذا لان الكتابة قابلة للفسخ والاخلال بالنجم الواحد اخلال بما هو غرض المولى من الكتابة فوجب له حق الفسخ دفعا للضرر عنه كفوات وصف السلامة في المبيع ولانه لما مضى نجم ووجب عليه حصته صار كأنه كوتب على ذلك القدر حالا وفيه يقال له إما أن تؤدّي المال حالا والا رددت في الرق فكذا هذا والمروي عن علي رضي الله عنه يفيد اثبات الفسخ اذ تو الى عليه نجمان فلا ينفي ثبوت الفسخ قبله لان تخصيص الشيء بالذكر لا ينفي الحكم عما عداه على ما عرف من القاعدة والتأخير الى ثلاثة أيام انما كان لاجل امضاء موجب العقد لان الاداء لا يتوجه الا بعد انقضاء مدة النجم ولا بد للاداء من زمان فاستحسنا هذا القدر المذكور على أن يكون من باب التجميل دون التأخير نظرا لهما واظهارا للعذر اذ هي مدة ضربت لاظهار الاعذار كما في شرط الخيار وفي قصص الاخيار وامهال المرتد وامهال المدعى عليه للدفع بعد الحكم عليه وامهال المدين للقضاء فانه اذا استمهل ثلاثا يمهل وقوله عجزه وفسخها يعني الحاكم يحكم بعجزه لانه واجب عليه عند طلب المولى ذلك وله ولاية عامة فيفسخ وقوله أو سيده برضاه يعني أو يفسخه المولى برضا المكاتب لان الكتابة تقبل الفسخ بالتراضي بلا عذر فمع العذر أولى وان لم يرض العبد فلا بد من القضاء بالفسخ لانه عقد لازم تام فلا بد من القضاء أو الرضا كالرد بالعيب بعد القبض وقيل ينفرد المولى بالفسخ ولا يشترط رضا المكاتب كما اذا وجد المشتري في المبيع عيبا قبل القبض فانه ينفرد بالفسخ وحديث ابن عمر يدل على ذلك وهذا لان الكتابة تتم بقبض المولى البدل فما لم يقبض لا تتم فيفسخه مستبدّا به اذا فات غرضه كما يستبد المشتري بالفسخ بالعيب قبل القبض قلنا العبد بعد العقد صار في يده فصار هذا فسخا بعد القبض فلا بد من القضاء أو الرضا قال رحمه الله (وعاد أحكام الرق) أي اذا عجز عاد الى أحكام الرق لان الكتابة قد انفسخت وذلك لجز كان لاجل عقد الكتابة فلا يبقى بدون العقد قال رحمه الله (وما في يده لسيده) لانه ظهر أنه كسب عبده اذ هو كان موقوفا عليه أو على المولى على تقدير الاداء كان له وعلى تقدير العجز كان للمولى وقد تحقق العجز فكان لمولاه قال رحمه الله (وان مات وله مال لم يفسخ وتؤدّى كتابته من ماله وحكم بعتقه في آخر حياته) وكذا يحكم بعتق أولاده وما بقي من ماله فهو ميراث لورثته وهو قول ابن مسعود رضي الله عنه وبه أخذ علماؤنا وقال زيد بن ثابت رضي الله عنه تفسخ الكتابة بموته ويموت عبدا وما ترك فهو لمولاه وبه أخذ الشافعي رحمه الله لان العقد لو بقي لبقي لتحصيل

(قوله ولو قال لعبده أنت حر بعد موتك لا يصح) أي وكذا الوصي أن يعتق عنه عبده بعد موته يصح ويكون المولى هو المعتق حتى يكون الولاء له اه درایة (قوله لان الشيء يثبت) أي أولا في الحال اه (قوله ثم يستند) أي ثانيا في المآل لعدم المحلية فكيف يستند اه اتقاني (قوله ولنا أن الكتابة عقد معاوضة) أي بين العاقدين اه (قوله كالبيع) والجامع بينهما الحاجة الى ابقاء الكتابة لان كل واحد منهما ثابت له حق بعقد الكتابة بعرض أن يصير حقيقة لان المولى ثبت له حق في البدل بعرض أن يصير ذلك الحق حقيقة عند القبض والمكاتب ثبت له حق العتق على وجه يصير ذلك حقيقة (١٧١) عند الأداء ثم قبض خلف المولى يجعل كقبض

العتق بالاداء وقد تعذر اثباته فبطل وهذا لانه لا يخلو اما أن يثبت العتق قبل الموت أو بعده مقتصرا أو مستندا لا وجه الى الاول لعدم شرطه وهو الاداء والشيء لا يسبق شرطه ولا الى الثاني لان الميت ليس بمحل لنزول العتق عليه لان العتق اثبات قوة المالكية وهو لا يتصور في الميت بخلاف ما اذا مات المولى لانه ليس بمعقود عليه بل هو عاقد والعقد يبطل بموت المعقود عليه لا بموت العاقد ولان المولى يصلح أن يكون معتقا بعد الموت والعبد لا يصلح معتقا بعده ألا ترى أن المولى اذا قال أنت حر بعد موتي يصح ولو قال لعبده أنت حر بعد موتك لا يصح ولا الى الثالث لانه لما تعذر اثباته في الحال تعذر استناده لان الشيء يثبت ثم يستند ولان في اسناده الى حال حياته اثبات العتق قبل شرطه وهو الاداء فلا يجوز بخلاف ما اذا مات المولى فان العقد باق بعد موته فيعتق لكون الميت أهلا له على ما بينا آنفا ولنا أن الكتابة عقد معاوضة لا تنفسخ بموت أحد المتعاقدين وهو المولى فلا تنفسخ بموت الآخر وهو العبد كالبيع وهذا لان قضية المعاوضة المساواة بين العاقدين فاذا جاز بقاء العقد بعد موت المولى لحاجته الى الولاء وغيره جاز أن يبقى بعد موت العبد لحاجته الى مقصوده وهو شرف الحرية بل أولى لان الذي استحقه المولى قبل ليس بلازم حتى لو عجز العبد نفسه عن أداء البدل يبطل والذي استحقه المكاتب قبل المولى لازم حتى لو أراد أن يبطله ليس له ذلك ولان الموت أنفى للمالكية منه للملوكية لان المملوكية عبارة عن العجز والمالكية عبارة عن القدرة والموت أنفى للقدرة منه للعجز فاذا بقي العقد مع أقوى المانعين فمع أدناهما أولى ألا ترى أن مملوكية العبد باقية بعد موته لحاجته حتى وجب الكفن لي مولاه فكذا هنا أيضا تبقى المملوكية لحاجته وهي أشرف بل أولى لما فيها من التعدي الى اتباع كالاولاد وأمهاتهم أو نقول للمكاتب يثبت بالكتابة مالكية اليد في مكاسبه وبها يتمكن من أداء الكتابة فتبقى تلك المالكية بعد موته لان حاجته الى تحصيل الحرية لنفسه فوق حاجة المولى وما ذكره من الترديد قلنا انه يعتق بعد الموت عند البعض بأن يقدر حيا قابلا للعتق كما يقدر المولى حيا مالكا معتقا بعد موته ولهذا يقدر الميت حيا في حق ما يحتاج اليه من أمواله كتجهيزه وقضاء دينه وتنفيذ وصاياه وعند الجمهور أنه يعتق في آخر جزء من أجزاء حياته إما لان سبب الاداء موجود قبل الموت فيستند الاداء اليه فيكون أداء خلفه كاداء نفسه فان قيل الاداء فعل حسي والاسناد يكون في الاحكام الشرعية قلنا نعم لكن فعل النائب مضاف الى المنوب عنه وهذه الاضافة شرعية ألا ترى أن من رمى صيدا فمات قبل أن يصيبه ثم أصابه صار مالكا له حتى يورث عنه والميت ليس بأهل له ولكن لما صح السبب والملك ثبت بعد تمام السبب وتمامه بالاضافة اليه وهو ليس بأهل له يثبت الملك من حين الاصابة وهو آخر جزء من اجزاء حياته فكذا هنا لما كان السبب منعقدا وهو عقد الكتابة والعتق موقوف على الاداء والاداء جائز بعد الموت والحكم وهو وقوع العتق ممكن اثباته من حين الموت كالملك في تلك الحالة كما بعتقه في

نفسه ويجعل المولى معتقا في آخر جزء من أجزاء حياته لحاجته فكذلك يجعل أداء خلف المكاتب كاداته ويجعل معتقا في آخر جزء من أجزاء حياته لحاجته بل هذا أولى لان الكتابة شرعت نظرا للمكاتب ورفقا حتى كانت الكتابة لازمة من جانب المولى بحيث لا يقدر على الفسخ وشرعت غير لازمة في حق المكاتب حتى يقدر على الفسخ بتعجيز نفسه فلما وجب ابقاء الكتابة لحاجة المولى فلان يجب ابقاؤها لحاجة المكاتب أولى يحققه أن الاجماع انعقد على جعل المولى معتقا بعد موته ولم تنفسخ الكتابة بموته فكان ذلك دليلا على جعل المكاتب معتقا بعد موته بالطريق الاولى لان الاعتاق فعل وكونه معتقا وصف ولا يقوم فعل والموت ينافي الاهلية ولا ينافي الصفات ولان من شرط كونه معتقا أن يكون مالكا ومن شرط كونه معتقا أن يكون ملكه قائما والموت

أنفى للمالكية من المملوكية وانفى لكونه معتقا لا ترى أن الجمادات توصف بالمملوكية ولا توصف بالمالكية فاذا جعل المولى معتقا بعد الموت كان جعل المكاتب معتقا بالطريق الاولى اه غاية (قوله قبل) أي قبل المكاتب اه (قوله ليس له ذلك) فاذا لم يبطل حق المولى بموته حق المكاتب وانما ألزم أولى أن لا يبطل اه درایة (قوله أو نقول للمكاتب) متعلق بالعمل الذي يليه اه (قوله لان سبب الاداء) أي وهو عقد الكتابة اه كاكي (قوله والاسناد) انما اه كاكي (قوله فمات) أي الرامي اه (قوله ثم أصابه) أي ثم أصاب السهم الصيد اه

(قوله مقام التخلية بين المال وبين المولى) فان قيل لو قذفه قاذف بعد أداء بدل الكتابة في حياته يحد قاذفه ولو حكم بحريته في آخر حياته ينبغي أن يحد قاذفه والحال أنه لا يحد قاذفه قلنا ثبتت الحرية في آخر حياته لضرورة حاجته إليها والثابت بالضرورة لا يعدو موضعها فلا يظهر في حق احصانه فلا يحد قاذفه مع أن الحدود تدرأ بالشبهات والحرية هنا ثبت مع الشبهة وما ثبت بالاستناد ثبت من وجه اه كاكي (قوله وفي الكافي لو كاتب أمته الخ) وضع في خيار المولى اذ في خيار الامة موتها بمنزلة قبول الكتابة لان الخيار لا يورث من الحر فكيف من الكتابة لكنها كما أشرفت على الموت وعجزت عن التصرف بحكم الخيار سقط خيارها من الحقائق اه ابن فرشتا (قوله لانه فكاتب عليه) أي تبعا اه هداية (١٧٣) (قوله ينبغي أن يدخل في كتابته) أي على حكم أبيه اه (قوله حكم بعتقه في آخر

جزء من أجزاء حياته) أي بطريق الاستناد لان الميت ليس بمحل للاعتاق اه اتقاني (قوله في المتن كتابة واحدة) قيده لانهما لو كانا مكاتبين كل واحد بعقد على حدة لا يرثه ابنه كذا ذكره المحبوبي لانه لما كان مقصودا بالكتابة فانما يعتق من وقت أداء البدل مقصورا عليه لان الاسناد للضرورة ولا ضرورة في حقه ههنا فكان عبدا عند موت أبيه فلا يرثه اه كاكي (قوله في المتن ولو ترك ولدا من حرة الخ) قال الحاكم الشهيد في مختصر الكافي واذا مات المكاتب وله ديون على الناس وترك ولدا حرا فهو مولى الموالي الا ما لم يخرج الدين فتؤدى المكاتبة فاذا أديت رجع ولاء الولد الى موالي الاب ولم يرجع الى موالي الام بما عقلوا عنه بعد موته فان مات الولد بعد موته قبل خروج الدين فاختصم موالي الاب وموالي الام في ميراثه فقضى به لموالي الام

آخر جزء من أجزاء حياته وإما بأن يقام الترك الموجود منه في آخر جزء من أجزاء حياته مقام التخلية بين المال وبين المولى وهو الاداء المستحق عليه قال رحمه الله (وان ترك ولدا ولد في كتابته لا وفاء سعى كأبيه على نجومها واذا أدى حكم بعتقه وعتق أبيه قبل موته) لان الولد دخل في كتابته وكسبه ككسبه فيخلفه في الاداء وصار أداؤه كاداء أبيه فيجعل كأنه ترك وفاء مع الولد وفي الكافي لو كاتب أمته على أنه بالخيار ثلاثا فولدت في مدة الخيار وماتت وبقي الولد بقي خياره وعقد الكتابة عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وله أن يجيزها واذا أجاز بقي الولد على نجوم أمه واذا أدى عتقت الام في آخر جزء من أجزاء حياتها وعتق ولدها وهذا استحسان وعند محمد رحمه الله تبطل الكتابة ولا تصح اجازة المولى وهو القياس لان الولد انما يقوم مقام الوالد في الكتابة اذا كان ولد المكاتب وأمه لم تصر مكاتبة بعد ولهما أن في ابقاء العقد فائدة بأن يجيزه المولى ويقوم الولد مقامها وينفذ العقد في حق الام بنفاذه في حق الولد ثم يستند الى وقت الانعقاد قال رحمه الله (ولو ترك ولدا مشتريا يحل البدل حالا أو رد رقيقا) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يؤدي على نجومه لانه تكاتب عليه فيسعى على نجومه كالولد المولود في الكتابة لانه صار بمنزلته حتى جاز للمولى اعتاقه كما يجوز اعتاق المكاتب نفسه بخلاف سائر أكساب المكاتب فانه لا يملك اعتاقه ولابي حنيفة رحمه الله أن الاجل يثبت بالشرط في العقد فيثبت في حق من دخل تحت العقد والمشتري لم يدخل تحت العقد لانه لم يضف اليه العقد ولم يسر حكمه اليه لكونه منفصلا عنه وقت الكتابة وكان ينبغي أن يباع بعد موته لفوات المتبوع ولكن اذا حل وأعطى من ساعته صار كأنه مات عن وفاء بخلاف الولد المولود في الكتابة لانه ماؤه بعد المكاتبة فيدخل في حكمه ويسعى على نجومه فعلى هذا لو اشترى ابنه المولود بعد الكتابة من امرأته أمة ينبغي أن يدخل في كتابته لانه من مائه بعد الكتابة قال رحمه الله (وان اشترى ابنه فمات وترك وفاء ورثه ابنه) لانه لما أدى بدل الكتابة حكم بعتقه في آخر جزء من اجزاء حياته فيتبعه ولده في ذلك الوقت فيكونان حرين فيظهر أنه مات حرا عن ابن حر قال رحمه الله (وكذا لو كان هو وابنه مكاتبين كتابة واحدة) يعني يرثه لانهما صارا كشخص واحد فاذا حكم بعتق أحدهما في وقت حكم بعتق الآخر في ذلك الوقت ضرورة اتحادا العقد على ما بيناه فيصير حرا مات عن ابن حر ولو مات المكاتب وترك ثلاثة أولاد حرا ومولودا في الكتابة ومكاتبا معه بعقد واحد ووصيا يرثه أولاده لما ذكرنا ويملك الوصي بيع العروض دون العقار والدراهم والدنانير لان بيع العروض من الحفظ دون العقار والدراهم والدنانير ولو مات الحر قبل أداء الكتابة لا يرثانه لان ارثه ليس من حقوق كتابة أبيه فلا يظهر الاستناد في حقه قال رحمه الله (ولو ترك ولدا من حرة ودينا فيه وفاء بمكاتبته فجني الولد فقضى به على

بطلت الكتابة فان خرج الدين كان ميراثا للمولى عن عبده الى هذا لفظ الحاكم والفرق بين الفصلين أن في المسئلة الاولى قرر عاقلة القاضي حكم الكتابة حيث قضى بالعقل على عاقلة الام لان حكم بقاء الكتابة أن يكون الولاء لموالي الام لانه تعذر اثباته من موالي الاب لانه لم يعتق بعد والقضاء يتقرر بحكم الكتابة لا يكون قضاء بفسخها ولكن الحق الولاء بموالي الام لا بسبيل الاستقرار بل على احتمال أن يعتق الاب فيجر الولاء الى مواليه فاذا خرج الدين وأديت الكتابة انتقل الولاء الى موالي الاب لانه عتق ولم يرجع موالي الام بما عقلوا على موالي الاب لان الولاء انتقل اليهم بعد الموت لا قبله وأما اذا مات الابن بعد موت المكاتب فاختصم موالي الاب وموالي الام في ميراثه فقضى القاضي بالولاء لموالي الام كان ذلك قضاء فسخا للكتابة لان خصومتهم وقعت في بقاء الكتابة وانتقاضها ولا يستقر الولاء لاحد المولين الا بناء على ذلك ان بقيت وأديت الكتابة وعتق الاب كان الولاء لمواليه وان انتقضت كان لموالي الام فموالي الام يقولون انتقضت حيث

اعتقدوا أن المكاتب مات عبدا وهو مذهب بعض الصحابة اذا مات المكاتب عن وفاء وموالى الاب يقولون بقيت حيث اعتقدوا أن المكاتب مات حرا كما هو مذهب بعض الصحابة وانتقل الولاء الينا بحريته ثم اذا قضى القاضى بالولاء لموالى الام وقع ذلك فى فصل مجتهد فيه فنفذ فكان القضاء تعجيزا ثم اذا خرج الدين كان للمولى لانه كسب عبده اه اتقانى (قوله وموالى الاب فى ولائه) أى فى ارثه بعد موته اه (قوله هو لها صدقة) والمعنى فى ذلك أن الخبث باعتبار أنه من أوساخ الناس (١٧٣) لا لعين المال فكان الخبث فى الجهة فلم يبق معنى الوسخ بتبدل السبب لان المولى يتناوله بجهة غير الجهة التى تناوله المكاتب لان المولى يأخذه على أنه بدل الكتابة لا على أنه صدقة اه اتقانى (قوله وكانت مكاتبة) كذا هو فى عبارة النهاية اه وكتب ما نصه فيه نظر بل كانت حرة حينئذ اه من خط قارئ الهداية وكتب أيضا ما نصه قال الكاكى والحل بعد التبدل وقعت الاشارة النبوية اليه فى حديث بريرة مع أن بريرة كانت مكاتبة اه (قوله لان الملك لم يتبدل) قال الاتقانى لان المباح له يتناوله على ملك المبيح اه (قوله ونظيره المشترى اذا اشترى شراء فاسدا) أى اذا أباحه للغير اه (قوله لا يطيب بالاباحة) قال الاتقانى ونظيره ما ذكر فى كتاب المأذون فى رجل اشترى طعاما مأكولا بيعا فاسدا أنه لا يحل تناوله وان أباحه لغيره لم يحل للمباح له أيضا فان باعه بيعا صحيحا أو وهبه يحل للثانى لتبدل الملك فكذا هذا قياسا على تلك المسئلة وان لم يذكر فى المبسوط فبالعجز لم يبطل الاداء السابق فلم يبطل ما تعلق به أيضا فحل للمولى تناوله هذا اذا عجز بعد الاداء فان عجز قبل الاداء وفى يده صدقات من الزكاة هل يحل تناوله للمولى اذا كان غنيا أو هاشميا لم يذكر حكمه فى الجامع الصغير وذكر فى آخر ضمان المكاتب من كتاب المكاتب أنه يحل فى الوجهين جميعا اه غاية (قوله حتى تنتقض اجارته) أى لو آجر شيأ من أكسابه ثم عجز اه وكتب ما نصه قال الاتقانى ولذلك أوجب نقض الاجارة اذا آجر المكاتب أمته ظئرا ثم عجز فصار كما اذا أدى ثم عجز اه اتقانى

عاقلة الام لم يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب وان اختصم موالى الام وموالى الاب فى ولائه فقضى به لموالى الام فهو قضاء بالعجز) والفرق أن القضاء بموجب الجناية على العاقلة يقرر حكم الكتابة لان من قضية قيام الكتابة أن يكون موجب جنايته على موالى الام لان المكاتب وان ترك مالا وهو الدين لا يحكم بعتقه الا عند أداء بدل الكتابة فكانت جنايته عليهم فاذا قضى بها القاضى عليهم كان القضاء تقريرا للكتابة فتبقى الكتابة على حالها فاذا أدى بعد ذلك بدل الكتابة عتق المكاتب وظهر للابن ولاء فى جانب الاب فينجر اليه ولاؤه لان الولاء كالنسب والنسب لا يثبت من قوم الام الا عند تعذر اثباته من قوم الاب حتى لو ارتفع المانع من اثباته منه بان أكذب الملاعن نفسه يعود النسب اليه فكذا الولاء وأما اذا كانت الخصومة فى نفس الولاء فان القاضى يقضى بكون الولاء لموالى الام اذ الخصومة وقعت فى الولاء ومن ضرورته القضاء بفسخ الكتابة لان الولاء لا يكون من جانب الام الا اذا تعذر اثباته من جانب الاب وانما يتعذر اثباته بفسخ الكتابة اذ لو كانت باقية يمكن أن يثبت من جانبه بالأداء وفرق آخر أن القضاء بموجب الجناية على موالى الام لا يلزم منه القضاء بفسخ الكتابة لانه قد يقضى بموجب الجناية على غير من وجب عليه كالكفيل والقضاء بالولاء لموالى الام يتضمن القضاء بفسخ الكتابة اذ لا يمكن أن يجتمع عليه الولاآن اذ لو لم يكن فسخا لها يلزم الحكم بحريته اذا أدى بدل الكتابة فاذا صار حرا فى آخر حياته انتقل ولاء الولد اليه وانتقض القضاء وهو يجب صيانته عن النقض فلا يفسخ اذا صادف محلا مجتهدا فيه والحكم بالارث من الولد لموالى الام كالحكم بالولاء لهم حتى تنفسخ به الكتابة ولا يجوز نقضه وهذا كله فيما اذا مات المكاتب عن وفاء فأديت الكتابة أو عن ولد فأداها وأما اذا مات لا عن وفاء ولا عن ولد فاختلفوا فى بقاء الكتابة قال الاسكاف تنفسخ حتى لو تطوع انسان باداء بدل الكتابة عنه لا تقبل منه وقال أبو الليث رحمه الله لا تنفسخ ما لم يقض بعجزه حتى لو تطوع به انسان عنه قبل القضاء بالفسخ جاز ويحكم بعتقه فى آخر حياته قال رحمه الله (وما أدى المكاتب من الصدقات وعجز طاب لسيده) لان الملك قد تبدل وتبدل الملك كتبدل العين فصار كعين آخر واليه أشار النبى صلى الله عليه وسلم بقوله فى حديث بريرة هو لها صدقة ولنا هدية قال ذلك حين أهدت اليه وكانت مكاتبة وصار كالفقير يموت عن صدقة أخذها يطيب ذلك لوارثه الغنى لما ذكرنا وكذا اذا استغنى الفقير يطيب له ما أخذه من الزكاة حالة فقره وكذا ابن السبيل اذا أخذ الصدقة ثم وصل الى ماله وفى يده الصدقة تحل له لان المحرم على الغنى ابتداء الاخذ لما فيه من الذل فلا يرخص له من غير ضرورة فاذا أخذه فى حالة الفقر فبعد ذلك ليس فيه الا الاستدامة فيطيب له ولو أباح الفقير للغنى أو الهاشمى عين ما أخذ من الزكاة لا يحل لان الملك لم يتبدل ونظيره المشترى اذا اشترى شراء فاسدا لا يطيب بالاباحة ولو ملكه يطيب ولو عجز المكاتب قبل الاداء الى المولى يطيب للمولى عند محمد رحمه الله بلا اشكال لان المكاتب عنده اذا عجز ملك المولى ما فى يده ملكا مبتدأ حتى تنتقض اجارته وعند أبى يوسف لا يطيب لانه اذا عجز لا يملك المولى أكسابه ملكا مبتدأ وانما كان له فيه نوع ملك فيتأكد بالعجز ولم يتجدد له فيه ملك ولهذا لا تنتقض اجارة المكاتب عنده بالعجز كما فى العبد المأذون له اذا حجر عليه والصحيح أنه يطيب بالاجماع لما ذكرنا أن المحرم هو ابتداء الاخذ وانما أبيح

للحاجة وحرم على الغنى لانه لا حاجة له فيه وكذا على الهاشمى صيانة لقرابة النبى صلى الله عليه وسلم عن أوساخ الناس ولم يوجد من المولى الاخذ فصار كابن السبيل وصل الى ماله أو فقيرا استغنى وفى يده ما أخذه من الصدقة فانه يطيب له على ما ذكرنا فكذا هذا قال رحمه الله (وان جنى عبد فكاتبه سيده جاهلا بها) أى بالجناية (فعجز دفع أو فدى) يعنى المولى باختياران شاء دفع العبد بالجناية وان شاء فداه بالارش لانه لما كاتبه وهو لا يعلم بالجناية لزمه قيمته لانه لم يصر مختارا للفداء بالمكاتبة من غير علم وقد امتنع الدفع بفعله من غير أن يصير مختارا فيجب عليه الاقل من قيمته ومن الارش كما اذا أعتقه أو دبره أو استولد الجارية أو باعه بعد ما جنى من غير علم بالجناية الا أن المانع من الدفع على شرف الزوال فلم ينتقل حق ولى الجناية من العبد الى القيمة فاذا عجز زال المانع فيخير بين الدفع والفداء على القاعدة قال رحمه الله (وكذا ان جنى مكاتب ولم يقض به فعجز) يعنى حكمه كالاول لانه لما عجز صار قنا وجناية القن يخير فيه المولى بين الدفع والفداء على ما عرف فى موضعه وقبل أن يعجز يجب عليه الاقل من قيمته ومن الارش لان دفعه متعذر بسبب الكتابة وهو أحق بكسبه من المولى وموجب الجناية عند تعذر الدفع يجب على من يكون له الكسب ألا ترى أن جناية المدبر وأم الولد توجب على المولى الاقل من قيمته ومن الارش لما أنه أحق بكسبهما قال رحمه الله (فان قضى به عليه فى كتابته فعجز فهو دين بيع فيه) أى ان قضى بموجب الجناية على المكاتب فى حال كتابته وهو الاقل من قيمته ومن الارش فهو دين عليه يباع فيه لان الحق انتقل من الرقبة الى القيمة بالقضاء وهذا عند علمائنا الثلاثة وقال زفر رحمه الله يجب عليه قيمته ولا يباع وهو قول أبى يوسف رحمه الله أولا لان المانع من الدفع موجود وقت الجناية وهو الكتابة فوجب أن يكون موجبه القيمة ولا يتغير كجناية المدبر وأم الولد ولنا أن الاصل فى جناية العبد الدفع وانما يصار الى القيمة عند تعذر الدفع والمانع هنا متردد لاحتمال انفساخ الكتابة فلا يثبت الانتقال عن الموجب الاصلى الا بالقضاء أو بالصلح عن الرضا أو بالموت عن الوفاء وهو نظير المغصوب اذا أبق لا تجب عليه القيمة الا بالقضاء حتى اذا رجع قبل القضاء يكون لمولاه وان رجع بعد القضاء يكون للغاصب وكذا المبيع اذا أبق قبل القبض لا يبطل البيع الا بالقضاء وكذا اذا قتل لان القيمة تقوم مقامه ولهذا يبقى البيع اذا رضى المشترى بقيمته بخلاف المدبر وأم الولد لانهما لا يقبلان الفسخ قال رحمه الله (وان مات السيد لم تنفسخ الكتابة) لانها حق العبد فلا يبطل بموت السيد كالتدبير وأم ولد والدين وكالاجل فيه اذا مات الطالب قال رحمه الله (ويؤدى المال الى ورثته على نجومه) لان النجوم حقه لانه أجل وهو حق المطلوب فلا يبطل بموت الطالب كالاجل فى الدين بخلاف ما اذا مات المطلوب حيث يبطل الاجل لان ذمته قد خربت وانتقل الدين الى التركة وهى عين هذا اذا كاتبه وهو صحيح ولو كاتبه وهو مريض لا يصح تأجيل الامن الثلث وقد ذكرناه والاختلاف فيه من قبل قال رحمه الله (وان حرروه عتق) أى لو أعتقه جميع الورثة عتق والقياس أن لا يعتق لانهم لم يملكوه لان المكاتب لا يقبل النقل بسائر الاسباب فكذا بالارث ولهذا لا يكون للاناث منهم الولاء فيه ولو ملكوه لكان لهم ووجه الاستحسان أن هذا يجعل ابراء عن بدل الكتابة فانه حقهم وقد جرى فيه الارث فيكون الاعتاق منهم ابراء اقتضاء أو اقرارا بالاستيفاء منه فتبرأ ذمته لانه لم يبق عليه دين فيعتق لبراءة ذمته كما اذا أبرأه المولى عن بدل الكتابة كله ويشترط أن يعتقوه فى مجلس واحد حتى لو أعتقه بعضهم فى مجلس وأعتقه الآخرون فى مجلس آخر لم يعتق وقيل يعتق اذا أعتقه الباقون ما لم يرجع الاول قال رحمه الله (وان حرره بعض لم ينفذ عتقه) أى لو أعتقه بعض الورثة لا يعتق منه شئ لانه لا يملكه ولا عتق فيما لا يملك ابن آدم ولا يمكن أن يجعل ابراء ولا اقرارا بالاستيفاء لان ابراء البعض أو استيفاءه لا يوجب عتقه لتعذر ثبوت العتق من جهته فيبطل المقتضى وهو الاعتاق ولا يبرأ من الدين أيضا لان البراءة لم تثبت الا اقتضاء فاذا بطل المقتضى للابراء بطل المقتضى أيضا لانه لم يثبت الا به وبطلان المقتضى يوجب بطلان المقتضى بخلاف اعتاق الجميع لانه أمكن أن

(قوله من غير علم) أى كما لو باعه وهو لا يعلم بجنايته اه كاكى (قوله وكذا اذا قتل) أى المبيع قبل القبض واختار المشترى امضاء البيع اه

ايراد كتاب الولاء عقيب كتاب المكاتب ظاهر التناسب لما أن الولاء من آثار المكاتب أيضا اه اتقاني (قوله الا أنه اختص الخ) قال الاتقاني وفي الشريعة يراد به القرابة الحاصلة بسبب العتق أو بسبب الموالاة اه (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق) رواه البخاري في الصحيح باسناده الى عائشة في كتاب المكاتب وفي كتاب الزكاة عن النبي صلى الله عليه وسلم ولان التناصر يحصل بالاعتاق ولهذا يعقل عن المعتق مولاه لان عاقلة الرجل أهل نصرته ولهذا لو كان قوم يتناصرون (١٧٥) بالحرفة كان عاقلتهم أهل الحرفة ومن لا قرابة له ينتصر مولاه وعصبة مولاه فيكون مولاه مولاه وعصبته الاقرب فالاقرب ولان الاعتاق احياء معنوي لانه ازالة الرق الذي هو جزاء الكفر الاصلي والكفر موت معنى فكان في الاعتاق ازالة الكفر الذي هو الموت المعنوي فيكون الاعتاق احياء معنويا والنسب احياء حقيقي لان من لا نسب له كولد الزنا لا يبقى حيا غالبا لعدم من يربيه اذ لا أب له ينسب اليه وليس للام قوة التربية لضعف بنيتها فكان النسب احياء حقيقيا تاما بالنسب الذي هو الاحياء الحقيقي كالولاد مثلا ثبت استحقاق أصل الارث فجاز أن يثبت بالاحياء المعنوي الذي هو الاعتاق لقوله عليه الصلاة والسلام الولاء لحمة كلحمة النسب الا أن الارث انما ثبت للاعلى دون الاسفل لقوله عليه الصلاة والسلام انما الولاء لمن أعتق اه اتقاني وكتب ما نصه قال شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي وأكثر أصحابنا يقولون سبب هذا الولاء الاعتاق ولكنه ضعيف فان من ورث قريبه فعتق عليه كان مولى له ولا اعتاق ههنا والاصح أن سببه العتق على ملكه لان الحكم يضاف الى سببه يقال ولاء العتاقة ولا يقال ولاء الاعتاق اه اتقاني قوله على ملكه أي بأي سبب كان اه (قوله وأنعمت عليه بالاعتاق) أي وهو زيد وكان عبدا لخديجة رضي الله عنها فوهبته لرسول الله صلى الله عليه وسلم فأعتقه اه اتقاني (قوله ولو أعتق في دار الحرب وخلاه) أما اذا لم يخله بأن قال له وهو آخذ بيده أنت حر فانه لا يعتق عند أبي حنيفة خلافا لهما حتى لو أسلم الحربي والعبد عنده فهو ملكه عند أبي حنيفة كما مر في كتاب السير في باب الاستيلاء اه

بجعل عبارة عما يحصل به العتق وهو الابراء عن جميع البدل أو الاقرار بالاستيفاء للكل الا ترى أنهم لو أبرؤه جميعا أو أقروا بالاستيفاء عتق ولو أبرأ بعضهم أو أقر باستيفاء نصيبه لا يعتق وكذا لو قبض نصيب الكل بغير أمرهم لا يعتق الا اذا أجازوا قبضه أو قبضه بأمرهم لانه اذا قبضه بغير أمرهم لم يبرأ عن نصيب غير القابض ولهذا كان لهم أن يطالبوا المكاتب به ولو كان للولي وصي وعليه دين مستغرق أو لم يكن مستغرقا لا يعتق بقبض الورثة لانهم لا يملكون القبض ويعتق بقبض الوصي سواء كان عليه دين أو لم يكن ويعتق بقبض الغرماء ولو أوصى بمال الكتابة لرجل فسلمه المكاتب اليه عتق لانه أوصل الحق الى مستحقه والله أعلم بالصواب

﴿ كتاب الولاء ﴾

هو من الولي بمعنى القرب فهي قرابة حكمية حاصلة من العتق أو من الموالاة هذا في اللغة يقال ولي الشيء الشيء اذا حصل الثاني بعد الاول من غير فصل ومنه قوله عليه الصلاة والسلام ليلني منكم أولو الاحلام والنهى وقال في النهاية سمي ولاء العتاقة والموالاة به لان حكمه صار هو الارث بقرب ويحصل عند وجود شرطه من غير فصل أو من الموالاة وهو مفاعلة من الولاية بالفتح وهو النصرة والمحبة الا أنه اختص في الشرع بولاء العتاقة وولاء الموالاة وهو في الشرع عبارة عن التناصر بولاء العتاقة أو بولاء الموالاة من آثار التناصر الارث والعقل وسبب هذا الولاء الاعتاق عند الجمهور لقوله عليه الصلاة والسلام الولاء لمن أعتق والاصح أن سببه العتق على ملكه لانه يضاف اليه يقال ولاء العتاقة ولا يقال ولاء الاعتاق والاضافة دليل الاختصاص وهو بالسببية ولان من ورث قريبه فعتق عليه كان مولى له ولا اعتاق من جهته والحديث لا ينافي أن يكون العتق على الملك هو السبب لان العتق يوجد عند الاعتاق لاعالة وتخصيصه به خرج مخرج الغالب قال رحمه الله (الولاء لمن أعتق ولو بتدبير وكتابة واستيلاد وملك قريب) لما روينا وهو بعمومه يتناول الكل ولان الرقيق هالك حكما الا ترى أنه لا يثبت في حقه كثير من الاحكام التي تختص بالاحياء نحو القضاء والشهادة والملك في الاموال وكثير من العبادات فكان الاعتاق احياء له لثبوت أحكام الاحياء به كالاحياء بالايلاد فيثبت به كما يثبت الاب من ولده ولهذا سمي واهبه أبا له لانه أنعم عليه حيث أحياه حكما قال الله تعالى واذ تقول للذي أنعم الله عليه وأنعمت عليه أي أنعم الله عليه بالهدى وأنعمت عليه بالاعتاق ولانه يعقل عنه فوجب أن يرثه لان الغنم بالغرم والمرأة في هذا كالرجل لاطلاق ما روينا ولقوله عليه الصلاة والسلام ليس للنساء من الولاء شيء الا ما أعتقن الحديث وروي أن ابنة حمزة أعتقت عبدا لها وماتت عن بنت فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم نصف ماله لبنته ونصفه الآخر لبنت حمزة ولانها أحيته حكما فترثه كل رجل ولو أعتق في دار الحرب وخلا لا ولاء له عليه حتى اذا خرجا الينا مسلمين لا يرثه وعند أبي يوسف رحمه الله يثبت له الولاء ويرثه ذكره في الكافي ولو أدى المكاتب

(قوله فيكون لعصبته الذكور) أي بطريق الخلافة لا بطريق الارث كما يأتي في أواخر هذا الفصل اه (قوله في المتن وشرط السائبة لغو) قال الخرقي من أصحاب أحمد بن حنبل في مختصره ومن أعتق سائبة لم يكن له الولاء عليها اه اتقاني (قوله في المتن بعد عتقها) ليس في خط الشارح وهو ثابت في المتون اه (١٧٦) (قوله الولاء لحمة كلحمة النسب) لا يباع ولا يورث ولا يوهب ذكره محمد بن الحسن هكذا في الاصل عن عبيد الله بن عمر عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وفسر في الجمهرة وديوان الأدب اللحمة بالقرابة وقال في المغرب أي تشابك ووصلة كوصلة النسب اه اتقاني (قوله والاصل في جر الولاء ما روى عن عمر الخ) هذا الاثر الذي عن عمر ذكره الاتقاني فقال لما روى محمد بن الحسن في الاصل عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال اذا كانت الحرة تحت مملوك فولدت عتق الولد بعتقها فاذا أعتق أبوهم جر الولاء اه (قوله اذا كانت الحرة تحت مملوك) كتب قارئ الهداية في نسخته على الهامش بازاء قوله الحرة الامة وكتب فوقها ظاهره وفيه اشارة الى أن الصواب أن يقال اذا كانت الامة تحت مملوك ولفظ عمر كما رواه محمد بن الحسن في الاصل الحرة كما نقلته في القولة التي قبل هذه نقلا عن الاتقاني رحمه الله ولعل منشأ توهم أن يكون الصواب أن يقال الامة من قوله بعد عتق بعتقها فانه يوهم أن الام حدث فيها عتق لكن ما نقول ليس المراد ذلك وانما المراد أن حرية الولد تابعة لحرية الام فاذا كانت على الام حرة كان ولدها كذلك تبعا لها والله الموفق اه وكتب على قوله الحرة وفي خط الشارح الحرة اه (قوله وما روى أن الزبير أبصر) أي

بعد موت المولى فعتق فولاؤه للمولى فيكون لعصبته الذكور لما ذكرنا أنه لا يملك بالارث وكذا العبد الموصى بعتقه أو بشرائه وأعتقه الوصي بعد موته لانتقال فعل الوصي اليه وكذا يعتق مدبره وأمهات أولاده بعد موته ويكون ولاؤهم له قال رحمه الله (وشرط السائبة لغو) أي لو أعتق المولى عبده وشرط أن لا يرثه كان الشرط لغوا لكونه مخالفا لحكم الشرع فيرثه كما في النسب اذا شرط أنه لا يرثه قال رحمه الله (ولو أعتق حاملا من زوجها القن لا ينتقل ولاء الحمل عن مولى الام أبدا) لان الجنين عتق بعتق أمه وعتقت أمه مقصودا فكذا هو يعتق مقصودا لانه جزء الام والمولى أوقع الاعتاق على جميع أجزائها مقصودا فيكون للجنين والولاء لا ينتقل من المعتق لقوله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق وانما يعرف كون الحمل موجودا عند العتق بان تلده لاقل من ستة أشهر من وقت العتق لتيقننا وقت العتق وكذا اذا ولدت ولدين أحدهما لاقل من ستة أشهر والاخر لاكثر منه وبينهما أقل من ستة أشهر لانا تيقنا أن الاول كان موجودا وقت العتق وتيقنا أنهما لو أمان حملت بهما جملة لعدم تخلل أقل مدة الحمل بينهما فاذا تناول الاول الاعتاق تناول الآخر الاعتاق أيضا ضرورة فصار معتقا لهما والولاء لا ينتقل من المعتق قال رحمه الله (فان ولدت بعد عتقها لاكثر من ستة أشهر فولاؤه لمولى الام) لان الولد جزؤها فيتبعها في الصفات الشرعية الا ترى أنه يتبعها في الحرية والرق فكذا في الولاء عند تعذر جعله تبعا للاب لرقه قال رحمه الله (فان عتق العبد) وهو الاب (جر ولاءه الى مواليه) لان مولى الام لم يعتق الولد هنا لحدوثه بعد اعتاقها وانما نسب اليه الولد تبعا للام لتعذر نسبته الى الاب فاذا اعتق الاب أمكن نسبته اليه فجعله تبعا له أولى من جعله تبعا للام لان الولاء كالنسب قال عليه الصلاة والسلام الولاء لحمة كلحمة النسب والنسب الى الآباء فكذا الولاء فينتقل الى موالي الاب اذا زال المانع كولد الملاعنة ينسب الى قوم الام ثم اذا أكذب نفسه ينتقل الى الاب لزوال المانع هذا اذا لم تكن معتدة فان كانت معتدة فجاءت بولد لاكثر من ستة أشهر من وقت العتق ولاقل من سنتين من وقت الفراق لا ينتقل ولاؤه الى مولى الاب لانه كان موجودا عند عتق الام لثبوت نسبة المعلوق الى ما قبل العتق بل قبل الفراق ولهذا ثبت نسبه من الزوج فصادفه الاعتاق ضرورة فلا ينتقل الى مولى الاب والاصل في جر الولاء ما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال اذا كانت الحرة تحت مملوك فولدت عتق الولد بعتقها فاذا أعتق أبوه جر الولاء وما روي أن الزبير أبصر فتية لعسا بخيبر فأعجبه ظرفهم وأمهم مولاة لرافع بن خديج وأبوهم عبد لبعض الحرقة من جهينة أو لبعض أشجع فاشترى الزبير أباهم فأعتقه ثم قال انتسبوا الي وقال رافع بل هم موالي فاختصما الى عثمان رضي الله عنه فقضى بالولاء للزبير وفي هذا دليل على أن الولد ينسب الى قوم الام ما لم يظهر له ولاء من قبل أبيه فاذا ظهر له ولاء بالعتق جر ولاء الولد اليه وفي الجامع الصغير اذا تزوجت معتقة بعبد فولدت أولادا فجنى الاولاد فعقلهم على موالي الام لانهم عتقوا تبعا لامهم ولا عاقلة لابيهم ولا موالي فألحقوا بموالي الام ضرورة كما في ولد الملاعنة وان أعتق الاب بعد ذلك جر ولاء الأولاد الى نفسه لما بينا ولا يرجعون على عاقلة الاب بما عقلوا بخلاف ولد الملاعنة اذا عقل عنه قوم الام ثم أكذب الملاعن نفسه حيث يرجعون على عاقلة الاب والفرق أن النسب يثبت من وقت العلوق لا من وقت الاكذاب اذ لا تصور أن يكون الانسان ولد الشخص في وقت ثم يتحول بعد ذلك الى غيره فيكون ولد الغير وبالاكذاب يتبين ذلك ويتبين أن عقله كان على قوم أبيه وقد أجبر قوم الام

(١) بجنين اه اتقاني (قوله وأبوهم عبد لبعض الحرقة) بضم الحاء المهملة وفتح الراء وبالقاف لقب لبطن من جهينة اه من خط الشارح

(١) قوله بجنين هكذا في أصل الحاشية والذي في الشارح بخيبر وليصر اه مصححه

(قوله فيرجحون عليهم به) يعني أن قوم الام كانوا مجبورين على أداء العقل لامتبرعين لانهم أجبروا على الاداء لانهم كانوا عاقلة حينئذ ظاهرا فاذا ثبت النسب من الاب بالاكذاب ثبت من زمان العلوق فظهر أن قوم الام (١٧٧) قضوا ديتا على غيرهم بحكم القاضي

على الاداء فيرجحون عليهم به وفي الولاء حين عقل قوم الام كان ثابتا لهم وانما ثبت لقوم الاب مقتصرا على زمان الاعتاق لان سببه وهو العتق مقتصر عليه فلا يرجحون به قال رحمه الله (عجمي تزوج معتقة فولدت فولاء ولدها لمواليها وان كان له ولاء الموالاة) أي وان كان للاب ولاء المعاقدة وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله حكم الولد حكم أبيه في الوجهين أي فيما اذا والى أحدا أو لم يوال ولا يكون ولاء الولد لموالي الام لانه كالنسب والنسب الى الاب وان كانت الام أشرف لكونه أقوى فكذا الولاء وهذا لان الاب حر له عشيرة وموال فكيف ينسب الى أمه بخلاف ما اذا كان الاب عبدا لانه هالك فينسب الى قوم أمه حتى يعتق للتعذر فصار كمن لا أب له وكما اذا تزوج عجمي بعربية فولدت له ولدا فانه ينسب الى قوم أبيه دون قوم أمه فكذا اذا كانت معتقة اذ لا فرق بين كونها عربية أو معتقة وكعربي تزوج معتقة فان ولده منها ينسب الى قومه دونها فكذا العجمي لانه كالعربي في حرية الاصل ولهما أن ولاء العتاقة معتبر لقوته في نفسه حتى اعتبرت الكفاءة فيه وقال عليه الصلاة والسلام مولى القوم منهم والنسب في حق العجم ضعيف لانهم ضيعوا أنسابهم ولهذا لا تعتبر الكفاءة فيه فيما بينهم اذ لا يفتخرون به أصلا وانما افتخارهم قبل الاسلام بعمارة الدنيا وبعده بالدين واليه أشار سيدنا سلمان الفارسي رضي الله عنه حين قيل له سلمان ابن من قال سلمان ابن الاسلام فاذا ثبت هذا الضعف في جانب الاب كان وجوده كعدمه كالعبد وكذا ان كان للاب مولى موالاة لان ولاء الموالاة ضعيف لا يظهر في مقابلة ولاء العتاقة فصار وجوده كعدمه وكذا حريتهم ضعيفة ألا ترى انها تحتمل الابطال بالاسترقاق بخلاف العربي فان له نسبا معتبرا وحرية ثابتة فامتنع به نسبة الولد الى معتق الام وبخلاف ما اذا تزوج العجمي عربية لان أولاده منها لو نسبوا الى قوم أمهم لنسبوا اليهم بالنسب والنسب بالنسبة الى الام ضعيف غير معتبر ألا ترى أنهم لا ينسبون اليهم ولا عصوبة بينهم وأولاد المعتقة ينسبون الى قوم أمهم وهم عصبتهم ثم القدوري رحمه الله وضع الخلاف في معتقة العرب ووضعه هنا في مطلق المعتقة وهو الصواب وما ذكره القدوري اتفاقي لان ولاء العتاقة قوي معتبر شرعا فلا يختلف بين أن يكون المعتق من العرب أو من غيرهم فيجب في الجميع نسبة أولاد المعتقة الى المعتق ما لم يكن أبوهم عربيا على ما قالوا وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا مات هذا الولد وترك عمة أو غيرها من ذوي الارحام ومعتق أمه أو عصبة معتقها كان المال لمعتق أمه أو عصبته عندهما وعند أبي يوسف رحمه الله يكون لذوي الارحام لان حكمه حكم أبيه فلا يكون عليه ولاء كما اذا كان الاب عربيا وأجمعوا على أنهما لو كانا معتقين أو كان الاب معتقا والام مولى موالاة أو كان الاب عربيا والام معتقة كان الولد تبعا للاب وكذا اذا كانا عربيين أو عجميين أو كان أحدهما عجميا والآخر عربيا قال رحمه الله (والمعتق مقدم على ذوي الارحام مؤخر عن العصبة النسبية) وكذا هو مقدم على الرد على ذوي السهام وهو آخر العصبات وهو قول علي رضي الله عنه وبه أخذ علماء الامصار وكان ابن مسعود رضي الله عنه يقول انه مؤخر عن ذوي الارحام لقوله تعالى وأولوا الارحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله وقال عليه الصلاة والسلام للمعتق في معتقه وان مات ولم يدع وارثا نلت أنت عصبته شرط لارثه أن لا يدع وارثا وذوو الارحام من جملة الورثة وكذا الرد على ذوي الفروض يستحق بطريق الارث فوجب تأخيره عن الكل وكذا قوله عليه الصلاة والسلام الولاء لحمة كلحمة النسب يدل على ذلك لانه شبهه به وما يشبه الشيء لا يزاحمه ولا يقدم عليه بل يخلفه عند عدمه ولنا ما روينا من حديث بنت حمزة أنه عليه الصلاة والسلام جعل لها النصف الباقي بعد فرض بنت معتقها حين مات عنها وعن بنت فهذا هو التعصيب حقيقة فعلم بذلك أن المراد بقوله عليه الصلاة والسلام

فيرجحون بذلك على عاقلة الاب اه اتقاني ﴿ فروع ﴾ ثم اعلم أن الجد هل يجر الولاء أم لا قال الحاكم الشهيد في مختصره الكافي قال الشعبي اذا أعتق الجد جر الولاء وقال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد لا يجر الجد الولاء ولا يكون مسلما باسلام الجد كذا في الكافي بيانه أن معتقة لقوم تزوجها عبد وحصل له منها ولد فولاء الولد يكون لمولى أمه بلا خلاف فاذا أعتق الاب انجر ولاؤه الى موالي أبيه فان لم يعتق الاب ولكنه أعتق الجد لم يجر الولاء الى مواليه وقال الامام سراج الدين في شرحه لفرائضه الموسوم بالسراجي قال شريح وسفيان ومالك وأهل المدينة ان الجد يجر ولاء مولد الابن من موالي أمه الى موالي نفسه وبه قال الاوزاعي وابن أبي ليلى وابن المبارك وقال زفر ان كان الاب حيا فالجد لا يجر الولاء وان كان ميتا يجر الولاء وقال في الاسرار وشرح الاقطع قال الشافعي الجد يجر الولاء لهم أن الولاء لحمة كلحمة النسب فثبت من الجد لانه أصل في باب النسب ولنا أن الولاء فرع النسب وتابع له فلا يثبت النسب من الجد دون ثبوته من الاب ولهذا اذا ادعى الجد ولاء الاب لم يلتفت الى دعوته وبدعوة الاب يثبت النسب منه ومن الجد تبعا اه اتقاني

(قوله لا يظهر في مقابلة ولاء العتاقة) ألا ترى ان مولى العتاقة مقدم على ذوي الارحام ومولى الموالاة مؤخر عن ذوي الارحام اه

ولم يدع وارثا وارث هو عصبة ولفظة العصبة في قوله عليه الصلاة والسلام كنت أنت عصبته تدل عليه لان العصبة هو الذي يأخذ ما أبقته الفرائض وعند الانفراد يحوز جميع المال وولاء العتاقة تعصيب وهو لا يرث مع العصبة النسبية فكان مؤخرا فلا يرد علينا ما ذكرمن الايراد من حيث المزاحمة للوارث على أنا لا نسلم أن التشبيه يوجب التأخر أو التقديم بل يثبت المماثلة بينهما ليس إلا فكان الاقرب أن يشاركه في الارث لان المماثلة توجبه والا فليس بمثل له لكن أخرناه عن العصبة النسبية عملا بقوله تعالى وأولوا الارحام بعضهم أولى ببعض فجعلناه مثله عند عدمه فيتقدم على من تتقدم عليه العصبة ويتأخر عمن تتأخر عنه العصبة قال رحمه الله (فان مات المولى ثم المعتق فميراثه لاقرب عصبة المولى وليس للنساء من الولاء الا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن أو كاتبن أو كاتب من كاتبن) لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ليس للنساء من الولاء شئ الا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن أو كاتبن أو كاتب من كاتبن أو دبرن أو دبر من دبرن أو جر ولاء معتقهن أو معتق معتقهن ولان ثبوت صفة المالكية والقوة للمعتق حصل من جهتها فكانت محببة له فينسب المعتق بالولاء اليها وينسب اليها من ينسب الى مولاها الذي أعتقته وينسب اليها من ينسب الى معتق معتقها الى ما لا يتناهى بخلاف النسب حيث لا ينسب اليها الاولاد وانما تنسب الى الاب لانه المالك وصاحب الفراش والمرأة مملوكة نكاحا فلا تكون مالكة والنسب في النكاح بالفراش والملك وهي لا تساوي الرجل فيه وفي ولاء العتاقة ليس لنا الا النسبة بسبب اثبات القوة الحكمية للمعتق وهي تساوي الرجل فيه لما أنها تساويه في ملك المال فينسب اليها كما ينسب الى الرجل ولهذا حملت عصبة فيه كالرجل ثم أثبت هنا الولاء للنساء فيما أعتقن لما ذكرنا من المنقول والمعقول ونفاه عنهن فيمن أعتقه غيرهن حتى لا يرثن الولاء ممن أعتقه مورثهن لان الولاء لا يجري فيه الارث وانما يثبت للعصبة بطريق الخلافة والخلافة انما تتحقق فيمن تتحقق منه النصرة والنصرة تتحقق من الذكور دون الاناث ألا ترى أن النساء لا يدخلن في العاقلة ليتحملن الدية كما يتحمل الرجال لعدم النصرة منهن فاذا كان ثبوته بطريق الخلافة يتقدم الاقرب فالاقرب من عصبة المعتق فيقوم مقامه كالارث حتى لو ترك أباه مولاه وابن مولاه كان الولاء للابن ولو ترك جد مولاه وأخا مولاه كان الولاء للجد لانه أقرب في العصوبة وفي الاول خلاف أبي يوسف رحمه الله فانه يعطي للاب السدس والباقي للابن وفي الثاني خلاف من يرى توريث الاخوة مع الجد والمسئلة معروفة وكذا الولاء لابن المعتقة دون أخيها وعقل جنايتها على أخيها لانه من قوم أبيها وجناية معتقها كجنايتها فتكون عليهم وروى أن عليا بن أبي طالب والزبير بن العوام رضي الله عنهما اختصما الى عثمان رضي الله عنه في معتق صفية بنت عبد المطلب حين مات فقال علي هو مولى عمتي فأنا أحق بارثه لاني أعقل عنها وعنه وقال الزبير هو مولى أمي فأنا أرثها فكذا ارث معتقها فقضى عثمان رضي الله عنه بالولاء للزبير وبالعقل على علي رضي الله عنه ولو ترك المعتق ابن مولاه وابن ابن مولاه كان الولاء للابن دون ابن الابن لما روى عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم منهم عمر وعلي وابن مسعود أنهم قالوا الولاء للكبر أي لاكبر أولاد المعتق والمراد أقربهم نسبا لا أكبرهم سنا ولو مات المعتق ولم يترك الا ابنة المعتق فلا شئ لبنت المعتق في ظاهر رواية أصحابنا ويوضع ماله في بيت المال وبعض مشايخنا كانوا يفتون بدفع المال اليها بطريق الارث بل لانها أقرب الناس الى الميت فكانت أولى من بيت المال ألا ترى أنها لو كانت ذكرا كانت تستحقه وليس في زماننا بيت مال ولو دفع الى السلطان أو الى القاضي لا يصرفه الى المستحق ظاهرا وعلى هذا ما فصل عن فرض أحد الزوجين يرد عليه لانه أقرب الناس اليه ولا يوضع في بيت المال وكذا الابن والبنت من الرضاع يصرف اليهما اذا لم يكن هناك أقرب منهما ذكر هذه المسائل في النهاية والذميون يتوارثون بالولاء كالمسلمين لانه أحد أسباب الارث والله أعلم

﴿فصل﴾ قال رحمه الله (أسلم رجل على يد رجل ووالاه على أن يرثه ويعقل عنه أو على يد غيره ووالاه

(قوله ولان ثبوت صفة المالكية الخ) هذا دليل عقلي على أن ليس للنساء من الولاء الا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن ببيانه أن بالعتق تحصل القوة والمالكية في العبد من جهة معتقه فاذا كان المعتق هي المرأة ينسب من أعتقته المرأة ومن أعتقه من أعتقته المرأة اليها بالولاء حيث يقال معتق فلانة ومعتق معتق فلانة فاذا ثبت نسبتهما الى المرأة بالولاء ورثتهما اه اتقاني (قوله كان الولاء للابن) ولا شئ للاب عند أبي حنيفة ومحمد لان الابن أقرب العصبات والولاء بالعصوبة ولا يظهر عصوبة الاب مع الابن اه اتقاني (قوله كان الولاء للجد) أي عند أبي حنيفة لانه لا يورث الاخوة والاخوات مع الجد وعندهما بينهما اثلاثا بين الجد يقاسم الاخوة كأحدهم اه اتقاني

﴿فرع﴾ قال في شرح الطحاوي ولو مات وترك خمسة بني ابن المعتق وابن ابن ابن المعتق من آخر فالميراث أسداسا لانهم يرثون بالعصوبة وعصوبتهم بالسوية اه اتقاني

﴿قوله فصل في ولاء الموالاة﴾ قال الاتقاني أخر ذكر ولاء الموالاة عن ذكر ولاء العتاقة لان ولاء العتاقة أقوى لثبوته بالاجماع وفي ولاء الموالاة خلاف ولان ولاء العتاقة لا يقبل الفسخ وولاء الموالاة يقبله اه قوله وولاء الموالاة يقبله قال الكاكي فان للمولى أن ينتقل عنه قبل العقل اه

صح وعقله على مولاه وإرثه له ان لم يكن له وارث وهو آخر ذوى الارحام) وقال مالك والشافعى رحمهما الله لا اعتبار بهذا الولاء أصلا لقوله تعالى وأولو الارحام بعضهم أولى ببعض فى كتاب الله قيل انها نزلت ناسخة لقوله تعالى والذين عاقدت أيمانكم فآتوهم نصيبهم ولقوله عليه الصلاة والسلام لا حلف فى الاسلام ولان فيه ابطال حق بيت المال ولهذا لا يصح فى حق وارث آخر وقال ليث بن سعد من أسلم على يد رجل كان ولاؤه له لقوله عليه الصلاة والسلام حين سئل عن الرجل يسلم على يد الرجل هو أولى الناس بمحياه ومماته من غير فصل بين أن توجد منه موالاة أخرى أو لم توجد وقال يحيى بن سعيد اذا جاء رجل من أرض العدو فأسلم على يد رجل فان ولاءه لمن والاه ومن أسلم من أهل الذمة على يد رجل فولاؤه للمسلمين عامة لان الذمى سبق له عقد مع المسلمين وصار تبعا لهم فلا يملك ابطاله كالمعتق ولنا اطلاق ما تلونا والمراد بها عقد الموالاة نقلا عن أئمة التفسير وما رواه ليث محمول على ما اذا جددوا عقد الموالاة بعد الاسلام توفيقا بينه وبين الآية وبين أقوال الصحابة رضى الله عنهم فانه روى عن عمر وعلى وابن مسعود وابن عباس رضى الله عنهم أجمعين مثل مذهبنا ولم يرو عن أحد غيرهم خلاف ذلك فكان اجماعا ولانه اذا لم يكن له وارث كان له أن يضع ماله حيث شاء اذ ليس فيه ابطال حق أحد معين وبيت المال ليس بوارث ولا مستحق وانما يوضع فيه مال ضائع ليتصرف فيه الامام اذا لم يمكن لصاحبه أن يتصرف فيه لانه نصب ناظرا للغيب فاذا تصرف فيه صاحبه كان تصرفه أولى من تصرف الامام كما فى حال حضرته وقولهم ان الآية منسوخة بقوله تعالى وأولو الارحام بعضهم أولى ببعض قلنا الذى ورد أنها منسوخة فى حق التقديم فانهم كانوا يقدمونه بالبعض على أولى الارحام فنسخ ذلك التقديم وفى الآية اشارة اليه حيث قال أولى ببعض وكونهم أولى منه لا يوجب سقوطه عند عدمهم ألا ترى أن الاولوية موجودة فى كثير من الورثة لا سيما فى العصبة ثم عند عدم من هو أولى لا يوجب سقوط الآخر وما تمسكوا به من قوله عليه الصلاة والسلام لا حلف فى الاسلام المراد به الحلف الذى كانوا يتعاقدون عليه فى الجاهلية من قولهم هدمى هدمك ودمى دمك ترثنى وأرثك فكان ذلك للتناصر على الحق والباطل ولتقديمه بالارث على

(قوله وقال مالك والشافعى الخ) وعند الشافعى ولاء الموالاة باطل له أن سبب الارث الفرض أو التعصيب وولاء الموالاة ليس هذا ولا ذاك فلا يجب به الارث والعقل اه اتقانى (قوله ولان فيه ابطال حق بيت المال) ولهذا لا يصح عنده الايصاء بجميع المال اذا لم يكن له وارث أصلا لئلا يلزم ابطال حق بيت المال وانما يصح فى الثلث اه اتقانى (قوله وقال ليث بن سعد الخ) قال الكاكى وفى المبسوط الاسلام على يده ليس بشرط لصحة العقد وانما ذكره على سبيل العادة وكذا الاسلام على يده ليس بكاف لثبوت ولاء الموالاة عند أكثر أهل العلم الا ما روى عن الروافض وأحمد فى رواية وعن ابراهيم واسحق وعمر بن عبد العزيز وعمر بن الخطاب لما روى راشد بن سعد أنه عليه الصلاة والسلام قال من أسلم على يديه رجل فهو مولاه يرثه وعن تميم الدارى أنه قال يا رسول الله ما السنة فى الرجل يسلم على يدى رجل من المسلمين فقال عليه الصلاة والسلام هو أولى الناس بمحياه ومماته رواه أبو داود والترمذى وقال لا أظنه متصلا ولانه أحياه باخراجه من ظلمة الكفر لان الكفار كالموتى فى حق المسلمين فهو كما لو أحياه بالعتق وعلى هذا زعمت الروافض أن الناس مولى على وأولاده فان السيف بيده وأكثر الناس أسلموا من هيبته وفى المبسوط وهذا باطل لانه تعالى هو الذى أحياه بالاسلام ومن عرض عليه الاسلام انما هو نائب عن الشرع فيكون هو كغيره فى حق الله تعالى وأين لهم هذا التحكم فان عليا كان صغيرا حين أسلم كبار الصحابة بل أبو بكر وعمر كانا مقدمين عليه فى أمور القتال ولكن الروافض قوم بهت وبناء مذهبهم على الكذب وما رووا من الاحاديث ضعيف وقد روى فى حديث تميم الدارى أسلم على يد رجل ووالاه اه (قوله حين سئل) السائل تميم الدارى اه (قوله هو أولى الناس بمحياه) تزويجه وعقله اه (قوله ومماته) الصلاة عليه وميراثه اه (قوله وما رواه ليث الخ) قال الاتقانى وقيل حديث تميم الدارى كان فى ابتداء الاسلام ثم نسخ ذلك ولان الناس كانوا يوالون على عهد الصحابة ولم يرو عن أحد منهم انه أخذ الميراث بنفس الاسلام وصورة عقد الولاء ما قال فى شرح الطحاوى وهو أن يقول أنت مولاى جنايتى عليك وجنايتك على وميراثى لك ان مت فاذا مات كان ميراثه للاعلى ان لم يكن له وارث ولا يرث الاسفل من الاعلى الا اذا شرط ميراث الاعلى لنفسه ومن أسلم على يد رجل فبنفس الاسلام لا ينعقد له الولاء وله أن يوالى من شاء ان شاء والى مع الذى أسلم على يديه وان شاء والى مع غيره وله أن يتحول بولائه الى غيره ما لم يعقل عنه فاذا عقل عنه فبعد ذلك ليس له أن يوالى غيره الا اذا كان أبوه فى دار الحرب فسبى فاعتقه مولاه يثبت ولاؤه من معتقه ويجر ولاء الولد الى نفسه واللقيط حر وجنايته على بيت المال وميراثه لبيت المال فاذا أدرك كان له أن يوالى مع من شاء الا اذا عقل عنه بيت المال فليس له أن يوالى أحدا كذا فى شرح الطحاوى اه (قوله توفيقا الخ) فقد روى أن تميما سأل النبى صلى الله عليه وسلم ان الرجل ليأتينى فيسلم على يدى ويوالينى فقال هو أخوك ومولاك فأنت أحق بمحياه ومماته اه مشكاة (قوله من قولهم هدمى هدمك) قال ابن الاثير والهدم بالسكون وبالفتح أيضا هو اهدار دم القتيل يقال دماؤهم بينهم هدم أى مهدرة والمعنى ان طلب دمك فقد طلب دمى وان أهدر دمك فقد أهدر دمى

لاستحكام الالفة بيننا وهو قول معروف للعرب يقولون دمي دمك وهدمي هدمك وذلك عند المعاهدة والنصرة اه (قوله أن يشترط الميراث والعقل) أي بأن يقول ترثني اذا مت وتعقل عني اذا جنيت اه وكتب ما نصه قال صاحب الهداية ولابد من شرط الارث والعقل كما ذكر في الكتاب أشار به الى ما ذكره القدوري في مختصره قبل هذا واذا أسلم الرجل على يد رجل ووالاه على أن يرثه ويعقل عنه قال الحاكم الشهيد في مختصره الكافي قال ابراهيم النخعي اذا أسلم الرجل على يد رجل ووالاه فانه يرثه ويعقل عنه وله أن يتحول بولائه الى غيره مالم يعقل عنه فاذا عقل عنه لم يكن له أن يتحول الى غيره وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد هذا لفظ الحاكم بعينه وهذا يدل على أن شرط الارث والعقل ليس بموقوف عليه صحة الموالاة بل مجرد العقد كاف بأن يقول أحدهما واليتك والآخر قبلت لان الحاكم لم يذكر الارث والعقل شرطا لصحة الموالاة بل جعلهما حكما لها بعد صحتها فافهم ويدل على ما قلناه قول القدوري أيضا في مختصره بقوله أو أسلم على يد غيره ووالاه يوضحه قول صاحب التحفة بقوله وتفسير عقد الموالاة أن من أسلم على يدي رجل وقال له أنت مولاي ترثني اذا مت وتعقل عني اذا جنيت وقال الآخر قبلت فبينهما عقد الموالاة وكذلك اذا قال واليتك وقال الآخر قبلت وكذا اذا عقد مع رجل غير الذي أسلم على يديه الى هنا لفظ التحفة اه اتقاني (١٨٠) (قوله وأن لا يكون عليه ولاء عتاقة) قال في التيسير ومن شرط صحة هذا العقد أي عقد الموالاة أن

لا يكون للاسفل نسب ولا يكون معتقا ولا يكون عربيا لان العرب لا يسترقون فلا يكون عليهم ولاء عتاقة فكذا ولاء الموالاة وقال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي ولا يرث الاسفل من الاعلى الا اذا شرط ميراث الاعلى لنفسه يعني في ولاء الموالاة اه اتقاني وكتب ما نصه ولا يصح بين العربيين ولا بين العربي والعجمي ولا من المسلم للكافر ويصح من الكافر للكافر اه حميد قوله ولا بين العربي والعجمي أي اذا كان العربي الاسفل اه (قوله ويشترط أن لا يكون الاسفل عربيا) قال الحاكم الشهيد في مختصره الكافي

القريب لخطر الاسلام الناصر على الباطل وأوجب التعاون على البر والتقوى وقدم القريب عليه بالارث ثم شرط صحة هذه الموالاة أن يشترط الميراث والعقل لان هذا العقد يقع على ذلك فلابد من ذكره في العقد ولو شرط الارث من الجانبين كان كذلك لانه ممكن فيتوارثان بخلاف ولاء العتاقة حيث لا يرث الا الاعلى ومن شرطه أن يكون مجهول النسب وأن لا يكون عليه ولاء عتاقة ولا ولاء موالاة قد عقل عنه وأن يكون حرا عاقلا بالغا وحكمه أن يثبت به الارث اذا مات وأن يعقل عنه اذا جنى ويدخل فيه أولاده الصغار ومن يولد له بعد عقد الموالاة ولو عقد مع الصغير أو مع العبد لا يجوز الا باذن الاب والمولى وعند بعضهم لا يشترط أن يكون مجهول النسب ويشترط أن لا يكون الاسفل عربيا لان تناصر العرب بالقبائل فأغنى عن الموالاة وكونه أسلم على يده ليس بشرط لصحة هذا العقد قال رحمه الله (وله أن ينتقل عنه الى غيره بمحضر من الآخر مالم يعقل عنه) لان العقد غير لازم كالوصية والوكالة فلكل واحد منهما أن ينفرد بفسخه بعلم صاحبه وان كان الآخر غائبا بالاجماع فسخه وان كان غير لازم لان العقد تم بهما كما في الشركة والمضاربة والوكالة ولا يعرى عن ضرر لانه ربما يموت الاسفل فيأخذ الاعلى ماله ميراثا فيكون مضمونا عليه أو يعتق الاسفل عبدا على حسبان أن عقل عبده على المولى الاعلى فيجب عليه وحده فيتضرر بذلك فلا يصح الفسخ الا بمحضر من الآخر بخلاف ما اذا عاقد الاسفل الموالاة مع غيره بغير محضر من الاول حيث يصح وينفسخ العقد الاول لانه فسخ حكمي فلا يشترط فيه العلم كما في الوكالة والمضاربة والشركة وانما كان كذلك لان الولاء كالنسب اذ ابت من شخص بنا في ثبوته من غيره فينفسخ ضرورة والمرأة في هذا كالرجل لانها من أهل التصرف وقوله مالم يعقل عنه لانه اذا عقل عنه ليس له أن يتحول الى غيره لما أكده بتعلق حق الغير به وحصول المقصود به ولاتصال القضاء به ولان ولاية التحول قبل أن يعقل عنه باعتبار أنه عقد تبرع من حيث انه تبرع بالقيام بنصرته وعقل جنايته فاذا عقل عنه صار

ولو أسلم رجل من نصارى العرب على يدي رجل من غير قبيلته ووالاه ولم يكن مولاه ولكنه ينسب الى عشيرته وهم يعقلون عنه كالعوض ويرثونه وكذلك المرأة الى هنا لفظ الكافي وذلك لان الولاء انما يثبت في حق العجمي الذي لا عشيرة له فأما من له عشيرة فانهم يقومون بمصالحه فلا حاجة الى الولاء اه اتقاني (قوله لصحة هذا العقد) أي في الصحيح اه حميد ﴿فرع﴾ اعلم أن ولاء الموالاة يخالف ولاء العتاقة من ثلاثة وجوه أحدها أن في الموالاة يتوارثان من الجانبين اذا اتفقا على ذلك بخلاف ولاء العتاقة والثاني أن ولاء الموالاة يحتمل النقض بخلاف ولاء العتاقة والثالث أن ولاء الموالاة مؤخر عن ذوي الارحام وولاء العتاقة مقدم على ذوي الارحام اه (قوله بخلاف ما اذا عاقد الاسفل الموالاة الخ) قال الحاكم الشهيد في مختصره الكافي رجل والى رجلا فله أن يتحول عنه مالم يعقل عنه وله أن ينقضه بمحضرته وكذا للرجل أن يتبرأ من ولائه أيضا مالم يعقل عنه فاذا انتقض أحدهما الموالاة بغير محضر من صاحبه لم ينتقض الا أن يوالي الاسفل آخر فيكون ذلك نقضا وان لم يحضر صاحبه الى هنا لفظ الكافي وقال في التحفة فاذا عقل عنه لا يقدر أن يتحول بالولاء الى غيره وصار العقد لازما الا ان اتفقا على النقض الى هنا لفظ التحفة وذلك لان الولاء بمنزلة الوصي عندنا يلحقه الفسخ لانه حق أوجبه بفعله متبرعا من غير عوض فكان له أن يتحول بالولاء الى غيره

كالعوض فى الهبة وكذا لا يتحول ولده بعد ما تحمل الجناية عن أبيه وكذا اذا عقل عن ولده لم يكن لكل واحد منهما أن يتحول الى غيره لانهما كشخص واحد فى حكم الولاء قال رحمه الله (وليس للمعتق أن يوالى أحدا) لان ولاء العتاقة لازم لا يحتمل النقض لان سببه لا يحتمل النقض بعد ثبوته وهو العتق فلا ينفسخ ولا ينعقد معه لانه لا يفيد لان الارث بولاء العتاقة مقدم على الارث بولاء الموالاة ألا ترى أن شخصا لو مات وترك مولى أعتقه ومولى موالاة كان المال للمعتق قال رحمه الله (ولو والت امرأة فولدت بعدها فيه) يعنى ولدت ولدا لا يعرف له أب وكذا لو أقرت أنهما مولاة لفلان ومعهما صغير لا يعرف له أب صح اقرارها على نفسها وولدها ويصيران مولى فلان وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا لا يتبعها ولدها فى الصورتين لان الام لا ولاية لها فى ماله فان لا يكون لها فى نفسه أولى ولابى حنيفة رحمه الله أن الولاء كالنسب وهو نفع محض فى حق الصغير الذى لم يدر له أب فتملكه الام كقبول الهبة ولو أقر رجل أنه معتق فلان فكذبه المقرله فى الولاء أصلا أو قال لا بل والتيمى فأقر المقرلغيره بالولاء لا يصح عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما يصح لان اقراره يبطل بتكذيب المقرله وصار كأن لم يوجد فكان له أن يتحول الى غيره وله أنه أقر بما لا يحتمل النقض فلا يبطل برد المقرله كمن شهد على رجل بنسب فرقت شهادته ثم أدى الشاهد أنه ولده لا يصح فكذا هذا والله أعلم بالصواب

﴿كتاب الاكراه﴾

قال رحمه الله (هو فعل يفعله الانسان بغيره فيزول به الرضا) وقيل الاكراه فعل يوجد من المكره فيحدث فى المحل معنى يصير به مدفوعا الى الفعل الذى طلب منه وهذا فى اللغة حمل المكره على أمر يكرهه يقال أكرهته على كذا أى حملته عليه وشركاره وشرطه أن يكون المكره قادرا على ايقاع ما هدد به وأن يغلب على ظن المكره أن يوقع به ذلك ان لم يفعل وحكمه اذا حصل ما تلا ف أن ينقل الفعل الى المكره فيما يصلح أن يكون المكره آلة للمكره ويجعل كأنه فعله بنفسه على ما يجىء تفاصيله والاكراه نوعان ملجئ وغير ملجئ فالملجئ هو الكامل وهو أن يكرهه بما يخاف على نفسه أو على تلف عضو من أعضائه فانه يعدم الرضا ويوجب الالجاء ويفسد الاختيار وغير الملجئ قاصر وهو أن يكرهه بما لا يخاف على نفسه ولا على تلف عضو من أعضائه كالاكراه بالضرب الشديد أو القيد أو الحبس فانه يعدم الرضا ولا يوجب الالجاء ولا يفسد الاختيار وهذا النوع من الاكراه لا يؤثر الا فى تصرف يحتاج فيه الى الرضا كالبيع والاجارة والاقرار ألا ترى أن الهزل يؤثر فيه لعدم الرضا حتى لا ينفذ معه فكذا مع هذا الاكراه لانه يعدم به الرضا والاول يؤثر فى الكل فيضاف فعل المكره فيصير كأنه فعله والمكره آلة له فيما يصلح أن يكون آلته كاتلاف النفس والمال وان لم يصلح أن يكون آلته اقتصر الفعل على المكره فيكون كأنه فعله باختياره من غير اكراه أحد وذلك مثل الاقرار والاكل لان الانسان لا يتكلم بلسان غيره ولا يأكل بفم غيره فلا يكون مضافا الى غير المتكلم والآكل اذا كان فيه اتلاف فيضاف اليه من حيث الاتلاف لصلاحيته آلة له فيه حتى اذا أكرهه على العتق يقع كأنه أعتقه باختياره حتى يكون الولاء له ويضاف الى المكره من حيث الاتلاف فيرجع عليه بقيمته وكذا لو أكرهه على الطلاق يقع ويرجع عليه ان كان فيه اتلاف بأن كان قبل الدخول ولو أكرها المرأة على قبول الطلاق بالمال فقبلت يقع الطلاق ولا يلزمها المال لعدم الرضا لان الرضا فى حق المال شرط دون الطلاق ثم اعلم أن الاكراه لا ينافى أهلية المكره ولا يوجب وضع الخطاب عنه بحال لان المكره مبتلى والابتلاء يتحقق بالخطاب والدليل عليه أن أفعاله مترددة بين فرض وحظر واباحة ورخصة وبأيها تارة ويؤجر أخرى كسائر أفعال المكلفين فى حالة الاختيار يحرم عليه قتل النفس وقطع طرف الغير والزنا ويفترض عليه أن يمتنع من ذلك ويثاب عليه ان امتنع ويباح له بالاكراه أكل الميتة وشرب الخمر ويرخص له به اجراء

قيل فى مناسبة الوضع ان الولاء لما كان من آثار العتق والعتق مما لا يؤثر فيه الاكراه فاسب ذكر الاكراه عقيب الولاء ولان فى الاكراه تغير حال المخاطب من الحرمة الى الحل ألا ترى أن بالاكراه يحل مباشرة ما كان حراما قبله فى عامة المواضع فكذلك بالموالاة يتغير حال المولى الاعلى عن حرمة تناول مال المولى الاسفل الى الحل اه اتقانى (قوله فيحدث فى المحل الخ) والمحل هو المكره بفتح الراء اه (قوله ان لم يفعل) وأن يكون المكره به متلفا أو من شأنه أن يكون المكره ممتنعا مما أكره عليه إما لخلقه أو لخلق آدمى آخر أو لحق الشرع اه كفاية (قوله فالملجئ هو الكامل) فان الاتقانى ثم الاكراه وهو حمل الانسان على ما يكرهه بحيث يزول معه الرضا على نوعين كما عرف فى أصول الفقه كامل وهو الملجئ وهو الذى يعدم الرضا ويفسد الاختيار وقاصر وهو غير ملجئ وهو يعدم الرضا ولكن لا يفسد الاختيار والملجئ كالتعويف بقتل النفس وقطع العضو والضرب المبرح المتوالى الذى يخاف منه التلف وغير الملجئ كالتعويف بالحبس والقيد والضرب اليسير اه (قوله ثم اعلم أن الاكراه) أى على

أى طريق وجد اه اتقانى (قوله لا ينافى أهلية المكره) أى لا ما بالذمة والعقل والبلوغ اه اتقانى

(قوله لفساد الزمان) فلو كان أبو حنيفة في زمنهما لافتى بقولهما اه اتقاني (قوله في المتن أو اقرار) قال محمد في الاصل وان قالوا له لنقتلنك أو لتقرن لهذا الرجل بألف درهم فأقر له بخمسمائة درهم فالاقرار باطل وذلك لانه اقرار مكره لانه أقر ببعض ما أكره عليه لان الاكراه على الالف اكراه على كل جزء من أجزائها وقال في الاصل أيضا وان أكرهوه على أن يقر له بألف درهم فأقر له بألفي درهم لزمه ألف درهم وبطلت عنه ألف وذلك لانه في الالف مكره وفي الالف الاخرى طائع فيصح اقرار الطائع لا المكره قال بعض مشايخنا ماذكره محمد قولهما كما اذا شهد شاهدان أحدهما بألف والآخر بالفين فانه تقبل الشهادة على ألف عندهما خلافا لابي حنيفة فأما على قول أبي حنيفة يصح اقراره بالفي درهم لانه لم يقر (١٨٢) بما أكره عليه وانما أقر بشئ آخر الا أن يكون الاكراه بالف من كيس فأقر بالفين في ذلك الكيس كذا ذكر خواهر زاده في مبسوطه وقيل بل هذا الجواب قولهم جميعا لان محمدا لم يذكر فيه الخلاف وجه الفرق على هذا بين هذه المسئلة وبين مسئلة الشهادة لابي حنيفة أن المعتبر عند أبي حنيفة في الشهادة اتفاق الشهود في اللفظ الذي لا يوجب اختلاف المعنى والالف غير الالفين في اللفظ وليس كذلك الاكراه لان المعتبر فيه الموافقة في المعنى دون اللفظ لان غرض المكره أن يتخلص ويفعل على ارادة المكره وقد اتفقا في الالف في المعنى وان اختلفا في اللفظ وقال محمد في الاصل وان أقر بمائة دينار فانه يكون جائزا لانه اقرار طائع فانه لم يأت بما أكره عليه ولا ببعض منه بل أتى بجنس آخر لان الدراهم والدنانير جنسان مختلفان حقيقة اه اتقاني (قوله في المتن ويثبت به الملك الخ) اذا باع مكرها وسلم مكرها يثبت به الملك عندنا اه (قوله وقال زفر لا يثبت به الملك) قال الاتقاني قال علاء الدين العالم في طريقة وهو

كلمة الكفر في تلك الحالة واتلاف مال الغير وافساد الصوم والجناية على الاحرام وهذا دليل على أنه مخاطب قال رحمه الله (وشرطه قدرة المكره على تحقيق ما هدد به سلطانا كان أو لصا وخوف المكره وقوع ما هدد به) لان الاكراه اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه أو يفسد به اختياره مع بقاء أهليته وذلك لا يتحقق الا من القادر عند خوف المكره تحقيق ذلك لانه بالتهديد من القادر والخوف منه على نفسه يصير ملجأ طبعا وبدونهما لا يصير ملجأ فلا يثبت به حكمه وما روى عن أبي حنيفة رحمه الله من أن الاكراه لا يتحقق الا من السلطان فذلك محمول على ما شاهد في زمانه من أن القدرة والمنعة لم تكن في ذلك العصر الا للسلطان فأجاب على ما شاهد وفي زماننا كان لكل مفسد متلصص قدرة على ذلك لفساد الزمان فافتيا على ما شاهد وبه يفتي اذ ليس فيه اختلاف يظهر في حق الحجة قال رحمه الله (فلو أكره على بيع أو شراء أو اقرار أو اجارة بقتل أو ضرب شديد أو حبس مديد خير بين أن يمضي البيع أو يفسخ) لان الاكراه الملجئ وغير الملجئ يعدمان الرضا والرضا شرط لصحة هذه العقود قال الله تعالى الا أن تكون تجارة عن تراض منكم فتفسد عند فوات الرضا بخلاف ما اذا أكره بحبس يوم أو قيد يوم أو ضرب سوط لانه لا يبالي بمثله عادة فلا يعدم الرضا وهو شرط لثبوت حكم الاكراه لانه اذا كان الرجل صاحب منصب يعلم أنه يتضرر بذلك فيكون مكرها بمثله لان ضرره أشد من ضرر الضرب الشديد فيفوت به الرضا وكذا الاقرار جعل حجة حالة الاختيار لترجح جانب الصدق على جانب الكذب وعند الاكراه يترجح جانب الكذب على جانب الصدق لدفع الضرر عن نفسه وقدر ما يكون من الحبس اكراها ما يجئ به الاغتمام البين ومن الضرب ما يجد منه الالم الشديد وليس في ذلك حد لا يزاد عليه ولا ينقص منه لان نصب المقادير بالرأي ممتنع بل يكون ذلك مفوضا الى رأي الامام لانه يختلف باختلاف أحوال الناس فمنهم من لا يتضرر الا بضرب شديد وحبس مديد ومنهم من يتضرر بأدنى شئ كالشرفاء والرؤساء يتضررون بضربة سوط أو بعرسة اذنه لاسيما في ملا من الناس أو بحضرة السلطان فيثبت في حقه الاكراه بمثله لان فيه هوانا وذلا أعظم من الالم والاكراه بحبس الوالدين أو الاولاد لا يعد اكراها لانه ليس بملجئ ولا يعدم الرضا بخلاف حبس نفسه قال رحمه الله (ويثبت به الملك عند القبض للفساد) أي يثبت بالبيع أو بالشراء مكرها الملك للمشتري لكونه فاسدا كسائر البياعات الفاسدة وقال زفر رحمه الله لا يثبت به الملك لانه بيع موقوف وليس بفاسد ألا ترى أنه لو أجاز بعد زوال الاكراه جاز ولو كان فاسدا لما جاز لان الفاسد لا يجوز بالاجازة ولا يرتفع الفساد به والموقوف قبل الاجازة لا يفيد الملك بالقبض كما لو باع بشرط الخيار وسلمه الى المشتري فانه لا يملك بالقبض ولنا أن ركن البيع وهو الايجاب والقبول صدر من أهله مضافا الى محله والفساد لعدم شرطه

وهو

اختلاف وأجمعوا على أنه لو سلم طائعا أو أجاز طائعا يثبت الملك وقال شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده في مبسوطه وهبة المكره بعد القبض تفيد الملك عندنا بالضمان وعند زفر لا تفيد الملك وعلى هذا الخلاف اذا أكره على البيع والتسليم فباع وسلم ملكه المشتري عندنا ملكا فاسدا وقال زفر لا يملكه الا أن يجيز المكره بعد ذلك اه (قوله صدر من أهله) أي وهو العاقل البالغ اه (قوله مضافا الى محله) أي وهو المال المتقوم اه قال الاتقاني الا أن الرضا شرط زائد ولا يخل بالركن انعدام شرط التصرف ولا يعدم الحكم أيضا ولكن يثبت وصف الفساد وكان الفساد ثابتا ما بقي حق العبد فاذا رضي به ارتفع الفساد اه ﴿فرع﴾ فان قيل لو كان بيع المكره كالبيع الفاسد لم يعد جائزا أبدا بالاجازة كما لو باع درهما بدرهمين أو بالف ورطل من خمر ولو كان جائزا كان ينبغي لا عادته جائزا وقت معلوم كما في البيع

الى الحصاد والدياس على مذهبكم وهنا فى أى وقت أجازه المكره يعود جائزا على مذهبكم فصار كبيع الفضولى لا كالبيع الفاسد قلت ان بيع المكره له شبه بالبيع الموقوف وشبه بالبيع الفاسد أما الاول فلانه لم يوجد رضا المالك وقد خلا عن الشروط الفاسدة بخلاف البيع الفاسد فان فيه شرط ما يفسده وأما الثانى فلانه صدر من المالك ولكن فات رضاه بخلاف بيع الفضولى فانه لم يوجد من المالك فاذا كان له شبهان وقرنا على الشبهين حظهما فباعتبار الشبه الاول عاد جائزا بالاجازة فى أى وقت كان كبيع الفضولى وباعتبار الشبه الثانى أفاد الملك اذا اتصل به القبض كالبيع الفاسد ولم نعكس لانا متى أظهرنا شبه العقد الموقوف فى حق الملك ولم نوجب الملك بعد التسليم لا يبقى لشبه البيع الفاسد عمل فى حكم ما فيبطل العمل بالشبهين اه اتقانى (١٨٣) (قوله وهو التراضى) بقوله تعالى الا أن تكون تجارة عن تراض منكم اه (قوله جاز تصرفه فيه) أى وتلزمه القيمة اه اتقانى (قوله لانه لا ينقطع به حق استرداد المبيع) استثنى من قوله كما فى سائر البياعات الفاسدة ذكره للفرق بين الاكراه والبيع الفاسد يعنى ان فى صورة الاكراه للمكره حق الفسخ بجميع تصرفات المشترى وان تداولته الايدى اذا كان التصرف مما يحتمل الفسخ وفى صورة البيع الفاسد ليس للبائع أن ينقض تصرف المشترى الا الاجارة فانه ينقضها وقد مر البيان اه اتقانى (قوله وان تداولته الايدى) قال الاتقانى ولو أن المشترى من المكره باعه من آخر ثم باعه المشترى الثانى من آخر حتى تداولته الايدى فله أن يفسخ العقود كلها وأى عقد أجازه جازت العقود كلها لان العقود كلها كانت نافذة الا أنه كان له حق الفسخ

وهو التراضى وفوات الشرط تأثيره فى فساد العقد كالمساواة فى الاموال الربوية فانها شرط فيها الجواز البيع وفواتها يوجب الفساد لا التوقف بخلاف البيع بشرط الخيار فان شرط الخيار يجعل العقد فى حق حكمه كالمتعلق بالشرط والمتعلق بالشرط معدوم قبل وجود الشرط أو نقول لما وجد أصل البيع فى محله لم ينعدم ذلك بالاكراه فكان ينبغى أن ينفذ كالطلاق الا أن الشرع شرط للحل شرطا زائدا وهو التراضى ونهانا عن التجارة بدونه فكان النهى بهذا المعنى فى غير ما يتم به المنهى عنه فلا يصير به البيع غير مشروع كما نهانا عن بيع الحنطة بالحنطة الا بشرط المماثلة وانه قدر زائد على ما يتم به البيع فكان النهى بهذا المعنى فى حق غير المنهى عنه فلم يصر المنهى عنه غير مشروع بل وقع فاسد العدم شرط الجواز الزائد شرعا فكذا هنا فلم يبق الفرق بين هذا النهى وبين النهى عن بيع الربا الا أن ما تعلق به الحرمة هناك اتصل بالمبيع وصفا وفى مسئلتنا اتصل بالعاقد وهكذا فى البيوع الفاسدة كلها يتعلق النهى بالوصف فيكون شروعا بأصله غير شروع بوصفه فيفيد الملك بالقبض فكذا هذا حتى لو قبضه وتصرف فيه تصرفا لا يمكن نقضه كالاعتاق والتدبير جاز تصرفه فيه وانما جاز بالاجازة لان المفسد يرتفع بها وهو عدم التراضى فصار كسائر البياعات الفاسدة الا أنه لا ينقطع به حق استرداد المبيع وان تداولته الايدى بخلاف سائر البياعات الفاسدة لان الفساد فيها لحق الله تعالى وقد تعلق بالبيع الثانى حق العبد وحقه مقدم لحاجته بإذنه أما هنا الرد لحق العبد وهما سواء فلا يبطل حق الاول لحق الثانى ومن مشايخ بخارى من جعل بيع الوفاء كبيع المكره منهم الامام ظهير الدين والصدر الشهيد حسام الدين والصدر السعيد تاج الاسلام وصورته أن يقول البائع للمشترى بعت منك هذا العين بدين لك على على أنى متى قضيت الدين فهو لى فجعلوه فاسدا باعتبار شرط الفسخ عند القدرة على ايفاء الدين بيد الملك عند اتصال القبض به وينقض بيع المشترى كبيع المكره لان الفساد باعتبار عدم الرضا فكان حكمه حكم بيع المكره فى جميع ما ذكرنا ومنهم من جعله رهنا منهم السيد الامام أبو شجاع والامام على السغدى والامام القاضى الحسن الماتريدى قالوا لما شرط عليه أن أخذه عند قضاء الدين أتى بمعنى الرهن لانه هو الذى يؤخذ عند قضاء الدين والعبرة فى العقود للمعانى دون الالفاظ حتى جعلت الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة وبالعكس كفالة والاستصناع عند ضرب الاجل سلما فاذا كان رهنا لا يملكه ولا ينتفع به وأى شئ أكل من زوائده يضمن ويسترده عند قضاء الدين ولو استأجره البائع لا يلزمه أجرته كالراهن اذا استأجر المرهون وانتفع به ويسقط الدين بهلاكه فيثبت فيه جميع أحكام الرهن ومن مشايخ سمرقند من جعل بيعا جائزا مفيدا بعض أحكامه منهم الامام نجم الدين النسفى فقال اتفق لعدم الرضا فلما أقدم على اجازة بعضها نفذت وزال الاكراه فجازت العقود كلها وهذا بخلاف الغصب وهو أن الغاصب اذا باع والمشترى باع من آخر حتى تداولت الايدى فالمغصوب منه أى عقد اجازه جاز ذلك العقد خاصة ولو ضمن أحدهم جازت العقود التى بعده دون ما كان قبله لان العقود كلها غير نافذة فتوقفت العقود كلها على اجازته فاذا أجاز شيأ من ذلك جاز خاصة فان لم يجز ولكن ضمن جازت العقود كلها التى كانت بعده لان فى التضمين عليكما فيستند الضمان الى وقت الجناية فيملكه من ذلك الوقت فتجوز العقود التى كانت بعده كذا فى شرح الطحاوى اه (قوله ومن مشايخ بخارى من جعل بيع الوفاء كبيع المكره) أى فكان للبائع حق نقض بيع المشترى وهبته لانه بيع بشرط فاسد اه غاية (قوله منهم الامام ظهير الدين) أى المرغينانى وظهير الدين اسحق الولوالجى اه غاية (قوله والصدر السعيد تاج الاسلام) أى أحمد بن عبد العزيز اه

مشايخنا في هذا الزمان فجعلوه بيعا جائزا مفيدا بعض أحكامه وهو الانتفاع به دون البعض وهو البيع لحاجة الناس اليه ولتعاملهم فيه والقواعد قد تترك بالتعامل وجوز الاستصناع لذلك وقال صاحب النهاية وعليه الفتوى ومن المشايخ من جعله باطلا اعتبره بالهازل وقال في الكافي والصحيح أن العقد الذي جرى بينهما ان كان بلفظ البيع لا يكون رهنا ثم ينظر ان ذكر شرط الفسخ في البيع فسد البيع وان لم يذكر ذلك في البيع وتلفظا بلفظ البيع بشرط الوفاء أو تلفظا بالبيع الجائز وعندهما هذا البيع عبارة عن بيع غير لازم فكذلك وان ذكرا البيع من غير شرط ثم ذكرا الشرط على الوجه المعتاد جازا البيع ويلزمه الوفاء بالميعاد لان المواعيد قد تكون لازمة قال عليه الصلاة والسلام العدة دين فيجعل هذا الميعاد لازما لحاجة الناس اليه وقال جلال الدين في حواشي الهداية صورته أن يقول البائع للمشتري بعت منك هذا العبن بألف على أني لو دفعت اليك ثمنك تدفع العين الي ثم قال ويسمى هذا بيع الوفاء ويمكن أن يكون هذا الآخر على الاختلاف الذي مضى ذكره وتفسيره به دليل على أنه مثل الاول وهذا البيع موجود في المصر متعامل به وهم يسمونه بيع الامانة قال رحمه الله (وقبض الثمن طوعا اجازة كالتسليم طائعا) أي لو أكره على البيع وقبض الثمن طوعا كان اجازة كما اذا سلم المبيع طائعا لان القبض أو التسليم طائعا دليل الرضا وهو الشرط بخلاف ما اذا أكره على الهبة دون التسليم وسلم حيث لا يكون اجازة وان سلم طوعا لان مقصود المكره ما يتعلق به الاستحقاق لا صورة العقد والاستحقاق في البيع يتعلق بنفس البيع فلم يكن الاكراه به اكراها بالتسليم فيكون التسليم أو القبض عن اختيار دليل الاجازة وفي الهبة يقع الاستحقاق بالقبض لا بمجرد الهبة فيكون الاكراه عليها اكراها بالتسليم نظرا الى مقصود المكره وهو حمله على شيء يتعلق به الاستحقاق وازالة الملك ليتضرر به المكره ويعتبر ذلك في أصل الوضع لان البيع وضع لافادة الملك في الاصل وان كان في الاكراه لا يفيده لكونه فاسدا والهبة لا تفيد الملك قبل القبض بأصل الوضع وتفيده بعده سواء كانت صحيحة أو فاسدة فينصرف الاكراه في كل واحد منهما الى ما يستحق به منه في أصل وضعه وان قبضه مكرها فليس ذلك باجازة وعليه رد الثمن ان كان قائما في يده لفساد العقد بالاكراه وان كان هالكا لا يأخذ منه شيأ لان الثمن كان أمانة في يد المكره لانه أخذه باذن المشتري لا على سبيل التملك فلا يجب عليه الضمان قال رحمه الله (وان هلك المبيع في يد المشتري وهو غير مكره والبائع مكره ضمن قيمته للبائع) لانه قبضه بحكم عقد فاسد فكان مضمونا عليه بالقيمة قال رحمه الله (وللمكره أن يضمن المكره) لانه آلة له فيما يرجع الى الاتلاف وان لم يكن آلة له في حق التكلم لعدم الصلاحية لان التكلم بلسان الغير لا يمكن فصار كأنه دفع مال البائع الى المشتري فيضمن أيهما شاء كالغاصب وغاصب الغاصب لان المكره كالغاصب والمشتري كغاصب الغاصب فان ضمن المكره رجع المكره على المشتري بالقيمة لانه بأداء الضمان ملكه فقام مقام المالك المكره فيكون ماله من وقت وجود السبب بالاستناد ولو ضمن المشتري ثبت ملك المشتري فيه ولا يرجع على المكره كما لا يرجع غاصب الغاصب على الغاصب اذا ضمن ولانه ملكه بالشراء والقبض لانه اشتراه وهو مبيع حقيقة من كل وجه غير أنه توقف نفوذه على سقوط حق المكره في الفسخ فاذا ضمنه قيمته نفذ ملكه فيه كسائر البياعات الفاسدة ولو كان المشتري باعه من آخر وباع الآخر من آخر حتى تداولته البياعات نفذ الكل بتضمين الاول وله أن يضمن من شاء من المشترين فأيهم ضمنه ملكه وجازت البياعات التي بعده وبطل ما قبله بخلاف ما اذا أجاز المكره أحد هذه البياعات حيث يجوز الكل ما قبله وما بعده ويأخذ هو الثمن من المشتري الاول لان البيع كان موجودا والمانع من النفوذ حقه وقد زال المانع بالاجازة فجاز الكل كالراهن أو الآجر اذا باع الرهن أو العين المستأجرة فانه يتوقف لاجل حق المرتهن والمستأجر فاذا أجاز نفذ البيع من جهة المباشر والمجيز يكون مسقطا حقه لا أن يكون مملكا باجازته وأما اذا ضمنه فانه لم يسقط

(قوله وهو البيع) أي والهبة من آخر وهو المعتاد عندهم لحاجة الناس الى ذلك لانهم في عرفهم لا يفهمون لزوم البيع بهذا الوجه بل يجوزونه الى أن يرد البائع الثمن الى المشتري ويرد المشتري المبيع الى البائع أيضا ولا يمتنع عن الرد فلهذا سموه بيع الوفاء لانه وفى بما عهد من رد المبيع والاصح عندي أنه بيع فاسد يوجب الملك بعد القبض وحكمه حكم سائر البياعات الفاسدة لانه بيع بشرط لا يقتضيه العقد وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط اه اتقاني (قوله وهذا البيع موجود في مصر) الذي يخط الشارح المصراه (قوله لا على سبيل التملك) أي لانه كان مكرها على قبضه فكان أمانة اه

(قوله فلا يفيد الملك الخ) وأما اذا أجاز المغصوب منه بيعا من تلك البيوع فانه ينفذ ما أجازه خاصة لان الغصب لا يزيل ملكه فكل بيع من هذه البيوع يوقف على اجازته لصادف فيه ملكه فيكون اجازته أحد البيوع تمليكا للعين من المشترى بحكم ذلك البيع ولا ينفذ ما سواه اه نهاية (قوله في المتن وعلى أكل لحم خنزير الخ) قال في الاصل لو أن قوما من اللصوص من المسلمين غير المتأولين أو من لصوص أهل الذمة اجتمعوا فغلبوا على مصر من أمصار المسلمين وأمروا عليهم أميرا فأخذوا رجلا وقالوا له لنقتلنك أو لتشربن هذه الخمر أو لتأكلن هذه الميتة أو لتأكلن لحم هذا الخنزير كان في سعة من تناوله بل يفترض عليه التناول اذا كان في غالب رأيه أنه متى لم يتناول ذلك قتل وذلك لقوله تعالى في سورة البقرة انما حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل به لغير الله فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه ان الله غفور رحيم وقال في سورة المائدة حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به والمنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما أكل السبع الا ما ذكيتم وما ذبح على النصب وأن تستقسموا بالازلام الى أن (١٨٥) قال فمن اضطر في مخمصة غير متجانف لاثم فان الله غفور رحيم وقال في سورة الأنعام وما لكم أن لا تأكلوا مما ذكر اسم الله عليه وقد فصل لكم ما حرم عليكم الا ما اضطررتم اليه وقال في الانعام قل لا أجد فيما أوحي الي محرما على طاعم يطعمه الا أن يكون ميتة أو دما مسفوحا أو لحم خنزير فانه رجس أو فسقا أهل لغير الله به فمن اضطر غير باغ ولا عاد فان ربك غفور رحيم وقال في سورة النحل انما حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به فمن اضطر غير باغ ولا عاد فان الله غفور رحيم وجه الاستدلال أن الله تعالى استثنى حالة الضرورة والمستثنى يكون حكمه أبدا على خلاف حكم المستثنى منه لامحالة فجعل المستثنى ولم يفصل بين أن تكون الضرورة بسبب المخمصة أو الاكراه فتناول النص باطلاقه النوعين جميعا اه اتقاني

حقه لان أخذ القيمة كاسترداد العين فتبطل البياعات التي قبله ولا يكون أخذ الثمن استرداد المبيع بل اجازة فافترقا وبخلاف ما اذا أجاز المالك أحد بيوع من باعه الفضولي حيث لا يجوز الا الذي أجازه المالك ولا يجوز ما قبله ولا ما بعده لان كل واحد منهم باع ملك غيره فلا يفيد الملك للمشتري منه فعند الاجازة يملك من أجيز شراؤه وتبطل البقية لورود ملك بات على ملك موقوف قال رحمه الله (وعلى أكل لحم خنزير وميتة ودم وشرب خمر بضرب أو قيد لم يحل وحل بقتل وقطع) أي لو أكره على هذه الاشياء بما لا يخاف على نفسه أو على عضو كالضرب لا يسعه أن يقدم عليه وبما يخاف يسعه ذلك لان حرمة هذه الاشياء مقيدة بحالة الاختيار وفي حالة الضرورة مبقاة على أصل الحل بقوله تعالى الا ما اضطررتم اليه فانه استثنى حالة الضرورة والاضطرار والاستثناء يكون عبارة عما وراء المستثنى لانه تكلم بالحاصل بعد الثنيا فظهر أن التحريم مخصوص بحالة الاختيار وفي حالة الاضطرار مباح والاضطرار يحصل بالاكراه الملجئ وهو أن يخاف على نفسه أو على عضو من أعضائه كما في حالة المخمصة ولا يحصل ذلك بضرب السوط ولا بالحبس حتى لو خاف ذلك منه وغلب على ظنه يباح له ذلك وقدره بعضهم بأدنى الحد وهو أربعون سوطا فان هدد به وسعه وان هدد بأقل من ذلك لا يسعه لان ما دون ذلك مشروع بطريق التعزير وهو يقام على وجه يكون زاجرا لا متلفا بخلاف الحد فان فيه ما يكون متلفا قلنا الوجه للتقدير بالرأي وأحوال الناس مختلفة فمنهم من يحتمل الضرب الشديد ومنهم من يموت بالادنى منه فلا طريق سوى الرجوع الى رأي المبتلى به فان غلب على ظنه أن تلف النفس أو العضو يحصل بذلك وسعه والا فلا قال رحمه الله (وأثم بصبره) أي اذا امتنع من الاكل وصبر حتى أتلف أثم لانها في هذه الحالة مباحة على ما قلنا واهلاك النفس أو العضو بالامتناع عن المباح حرام فيأثم الا أنه اذا لم يعلم الاباحة في هذه الحالة لا يأثم لانه موضع الخفاء وقد دخل اختلاف العلماء وقصد في زعمه الاحتراز عن المعصية فكان معذورا فلا يأثم كالجهل بالخطاب في أول الاسلام أو في دار الحرب في حق من أسلم فيها وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يأثم مطلقا لانه رخصة اذ الحرمة قائمة فيكون أخذا بالعزيمة قلنا حالة الاضطرار مستثناة بالنص على ما بينا فلا يكون حراما في تلك الحالة فلا يكون الامتناع عزيمة بل معصية وهذا لما عرف أن الرخصة استباحة المحظور مع قيام الدليل المحرم والحرمة أي بعد عامل معاملة المباح لا أن يكون

(٢٤ - زيلعي خامس)

﴿فرع﴾ ثم جنس هذه المسائل على ثلاثة أوجه في وجه العزيمة فيه الاقدام على ما أكره عليه ولو امتنع حتى قتل يأثم وهي شرب الخمر وتناول الميتة وما يجري مجراه وفي وجه يرخص الاقدام عليه مع أن العزيمة هو الامتناع وهو اجراء كلمة الكفر وسب النبي عليه الصلاة والسلام وما هو كفر أو استخفاف بالدين حتى لو أقدم عليه وهو مكره لا يؤاخذ به ولو صبر حتى قتل يكون مأجورا وفي وجه العزيمة هو الامتناع عنه ولا يرخص في الاقدام عليه بحال وهي قتل نفس معصوم محترم أو قطع عضو منه والزنا لا يحل له أن يقدم عليه بحال اه اتقاني (قوله وصبر حتى أتلف أثم) الا اذا كان الرجل جاهلا بالاباحة حالة الضرورة فلم يتناول حتى قتل قال محمد رجوت أن يكون في سعة لان في انكشاف الحرمة عند الضرورة خفاء فعذر بالجهل حيث قصد التحرز عن مباشرة الحرام اه اتقاني رحمه الله تعالى

مباحا حقيقة ولهذا قيل ان الحناية في الرخصة موجودة وانما انتفت العقوبة فقط كالعفو بعد الجناية فانه لا يعدم الجناية وانما يسقط المؤاخذة فقط وعلى هذا الخلاف لو صبر في حالة المخمصة قال رحمه الله (وعلى الكفر واتلاف مال مسلم بقتل وقطع لا بغيرهما يرخص) أي لو أكره على كلمة الكفر أو اتلاف مال انسان بشئ يخاف على نفسه أو على أعضائه كالقتل وقطع الاطراف يرخص له لإجراء كلمة الكفر على لسانه وقلبه مطمئن بالايمان لقوله تعالى الامن أكره وقلبه مطمئن بالايمان ولحديث عمار ابن ياسر حين ابتلى به أنه صلى الله عليه وسلم قال له كيف وجدت قلبك قال مطمئنا بالايمان قال فان عادوا فعد أي فعد الى الطمأنينة وفيه نزلت الآية ولان بهذا الاظهار لا تفوت حقيقة الايمان لان التلفظ به في هذه الحالة لا يدل على تبدل الاعتقاد لقيام التصديق به حقيقة فلا يكون مفوتا حق الله تعالى في المعنى فيرخص له لإحياء لنفسه أو طرفه لان حرمة المنع وكرامة النفس ألا ترى أن المضطر لا يرخص له قتل النفس ليأكل منه ولا قطع عضوه وكذلك كل ما ثبتت حرمته يرخص له عند الاكراه التكامل وهو الملجئ وذلك مثل اتلاف مال الغير وافساد الصوم والصلاة والجناية على الاحرام لان حرمة الكفر لا تحتمل السقوط فلا تتصور الاباحة فيه أصلا وغيره وان احتمل عقلا لكن لم يوجد سمعا فالتحق بما لا يحتمل السقوط فبنيت بالاكراه الملجئ رخصة لا اباحة مطلقة ولا تثبت بغير الملجئ كالضرب والحبس لانه ليس بملجئ ولهذا لا يكون اكراها في شرب الخمر فكيف يكون اكراها في الكفر وهو أعظم قال رحمه الله (ويثاب بالصبر) أي يكون مأجورا ان صبر ولم يظهر الكفر حتى قتل لان خبيبا صبر على ذلك حتى صلب وسماه النبي صلى الله عليه وسلم سيد الشهداء وقال في مثله هو رفيقي في الجنة ولان الحرمة قائمة والامتناع عزيمة فاذا بذل نفسه لاعزاز الدين ولاقامة حق الله تعالى أو حق غيره من العباد كان شهيدا ألا ترى أنه لو قاتل دون مال غيره فقتل كان شهيدا ولا يقال الكفر مستثنى في حالة الاكراه بقوله تعالى الامن أكره وقلبه مطمئن بالايمان كما استثنى الميتة في حالة الاضطرار فكيف يكون حراما في تلك الحالة لانا نقول الاستثناء هنا راجع الى العذاب لانه المذكور قبله فينتفي العذاب دون الحرمة بخلاف الخمر وأخواتها فان المذكور هناك فيه الحرمة فتنتفي في تلك الحالة وهنا لا تنتفي فتبقى على حالها ولكن لو ترخص جاز لما أن حق الله تعالى لا يفوت به ولا حق العبد لقيام التصديق بالقلب ووجوب الضمان على المكره قال رحمه الله (وللمالك أن يضمن المكره) لانه هو المتلف لماله والمكره آلته فيما يصلح آلة قال رحمه الله (وعلى قتل غيره بقتل لا يرخص) أي لو أكره على قتل غيره بالقتل لا يرخص له القتل لاستيفاء نفسه لان دليل الرخصة خوف التلف والمكره والمكره عليه في ذلك سواء فسقط المكره قال رحمه الله (وان قتله أثم) لان الحرمة باقية لما ذكرنا فيأثم مباشرته ولان الاثم يكون بدينه والمكره لا يصلح أن يكون آلته في حقه فيقتصر عليه وكذا لو أكره على الزنا لا يرخص له لان فيه قتل النفس بالضياع لانه يجئ منه ولد ليس له أب يربيه ولان فيه افساد الفراش بخلاف جانب المرأة حيث يرخص لها بالاكراه الملجئ لان نسب الولد لا ينقطع عنها فلم يكن في معنى القتل من جانبها بخلاف الرجل ولهذا أوجب الاكراه القاصر درء الحد في حقها دون الرجل قال رحمه الله (ويقتص من المكره فقط) وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال زفر رحمه الله يجب القصاص على المكره دون المكره لان القصاص يجب على القاتل والقاتل هو المكره حقيقة لانه هو المباشر وكذا حكما لانه يأثم به وهذا لان القتل فعل حسي وقد تحقق من المكره والاصل في الافعال أن يؤاخذ بها فاعلها الا اذا سقط حكم فعله شرعا وأضيف الى غيره كما في الاكراه على اتلاف مال الغير فانه سقط حكمه وهو الاثم عن الفاعل وأضيف الى غيره وهنا لم يسقط حكم فعله بل قرر حكم فعله بدليل أنه يأثم إثم القتل واثم القتل يكون على القاتل وقال الشافعي رحمه الله يجب القصاص عليهما أما المكره فلما قاله زفر وأما المكره فلحصول التسبيب منه الى القتل حيث أحدث فيه معنى حاملا على القتل والسبب التام ينزل منزلة المباشرة في حق وجوب

(قوله لان خبيبا) خبيب ابن عدي بن مالك بن عامر الانصاري الاوسي شهد بدرا (قوله في المتن وللمالك أن يضمن المكره) بكسر الراء اه (قوله والمكره والمكره عليه) بفتح الراء فيهما اه (قوله ولان الاثم يكون بدينه) أي بالجناية على دينه اه

القصاص

القصاص عنده ولهذا حكم بوجوب القصاص على شهود القصاص اذا رجعوا وهذا لان القصاص شرع لحكمة الزجر والردع والقتل بالاكراه من المتغلبة غالب فلو لم يجب القصاص لادى الى الفساد فيوجب على الكل حسما لمادته وقال أبو يوسف رحمه الله لا يجب القصاص على واحد منهما لان القتل بقي مقصورا على المكره من وجه حتى أثم اثم القتل وأضيف الى المكره من وجه من حيث انه حمل المكره عليه فصار مدفوعا الى القتل بموجب طبعه ولان المكره قاتل حقيقة لاحكما والمكره بالعكس فتمكنت فيه الشبهة من الجانبين فلا يجب فيه القصاص ولهما أنه محمول على القتل بطبعه ايثارا لحياته فيصير آلة للمكره فيما يصلح أن يكون آلة له وهو الاتلاف دون الاثم وهذا لان الآلة هي التي تعمل بطبعها كالسيف فان طبعه القطع عند الاستعمال في محله وكالنار فان طبعها الاحراق وكالماء فان طبعه الاغراق وباستعمال الآلة يجب القصاص على المستعمل فكذا هنا والدليل على أن الآمر هو المستعمل له والمأمور جار على موجب طبعه أن ضمان المال المتلف يجب على الآمر ولولا أنه هو المتلف بالاستعمال لما وجب عليه فعلم بهذا أن الاتلاف منسوب الى الآمر وان المأمور آلة له اذ لا وجه لنسبته اليه الا بهذا الطريق فكأن الآمر مباشر للاتلاف لا متسبب له لانه لو كان متسببا لما وجب عليه الضمان وانما كان يجب على المأمور لان المباشر والمتسبب اذا اجتمعا على الاتلاف كان الضمان على المباشر دون المتسبب وهذا لانه يمكن أن يجعل آلة له في اتلاف المال بالاجماع بأن يأخذه ويلقيه في مال انسان فكذا في النفس في حق الاتلاف يصلح أن يكون آلة له بهذا الطريق بخلاف الاثم فانه لا يصلح أن يكون آلة له في حقه لان الاثم بالجناية على دينه ولا يقدر أحد أن يجني على دين غيره فبقي الفعل مقصورا في حقه كما قلنا في الاكراه على الاعتاق فانه ينتقل الفعل الى الآمر في الاتلاف ويقتصر على المأمور من حيث التلفظ ولا يجعل آلة له فيه لانه لا يمكنه أن يتكلم بلسان غيره فاقتصر على المأمور حتى عتق العبد وكان الولاء له ولو نقل الى الآمر لما عتق لانه لا عتق بدون الملك ولا كان الولاء له لان الولاء للعتق وكذا قلنا في الاكراه على الطلاق حتى يكون مقتصرا عليه في حق التلفظ دون الاتلاف فيرجع عليه بنصف المهر ان كان قبل الدخول وكذا لو أكره مسلم مجوسيا على ذبح شاة فانه ينتقل الفعل الى المسلم الآمر في حق الاتلاف فيجب عليه الضمان ولا ينتقل في حق الحل لانه لا يصلح أن يكون آلة له في حقه لان الحل في الذبح في الدين وبالعكس يحل قال رحمه الله (وعلى عتاق وطلاق فعل وقع) أي لو أكره على عتاق أو طلاق فاعتق أو طلق وقع العتق والطلاق لان الاكراه لا ينافي الاهلية على ما بيناه وعدم صحة بعض الاحكام كالبيع والاجارة والاقرار لمعنى راجع الى التصرف وهو كونه يشترط فيه الرضا ومع الاكراه لا يوجد الرضا وأما العتق والطلاق فلا يشترط فيه الرضا فيقع ألا ترى أن العتق والطلاق يقعان مع الهزل لعدم اشتراط الرضا فيهما بخلاف البيع وأخواته قال رحمه الله (ورجع بقيمته ونصف المهر لم يطأها) يعني على المكره لان الاتلاف منسوب اليه والمكره آلة له فيرجع بقيمة العبد عليه موسرا كان أو معسرا لان ضمان اتلاف فلا يختلف باليسار والاعسار اذ ضمان العدوان لا يختلف بهما بخلاف ضمان الاعتاق لانه ضمان افساد يتصرف في ملكه من غير تعد ولا سعاية على العبد لان السعاية انما تجب عليه للخروج الى الحرية كما في معتق البعض أو لتعلق حق الغير به كعتق الراهن المرهون وهو معسر أو عتق المريض عبده وعليه ديون أو لم يخرج من الثلث ولم يوجد شئ من ذلك هنا ولا يرجع المكره على العبد بما ضمن لان الضمان وجب عليه بفعل فلا يرجع به على غيره وكذا يرجع بنصف المهر ان كان قبل الدخول وكان المهر مسمى في العقد وان لم يكن مسمى فيه يرجع عليه بما لزمه من المتعة لان ما عليه كان على شرف السقوط بوقوع الفرقة من جهتها بمعصية كالارتداد وتقبيل ابن الزوج وقد تأكد ذلك بالطلاق فكان تقريرا للمال من هذا الوجه فيضاف تقريره الى المكره والتقرير كالايجاب

(قوله لا يجب القصاص على واحد منهما) أي بل تجب الدية على المكره الآمر اه (قوله فان طبعه الاغراق) أي ففي الجري على موجب الطبع مشابهة بالآلة ولو استعمل القاتل آلته التي هي السيف في شخص ظلما فقتله يجب القصاص على القاتل فكذا هنا اه (قوله وبالعكس) أي لو أكره مجوسي مسلما على الذبح اه (قوله فيرجع بقيمة العبد عليه الخ) والولاء للمكره دون المكره كما فهمه الشارح أول هذا الكتاب

فكان مثل فاله فير جع عليه بخلاف ما اذا دخل بها لان المهر تقرر هنا بالدخول لا بالطلاق ولو قال المكره في مسئلة العتق خطر ببالي الاخبار بالحرية فيما مضى كاذبا وقد أردت ذلك لا انشاء الحرية في الحال يعتق العبد في القضاء ولا يصدق لانه خلاف الظاهر ولا يعتق فيما بينه وبين الله تعالى ولا يضمن المكره له شيأ لزعمه أنه لم يقع العتاق ولو قال خطر ببالي ذلك ولم أرد ذلك وانما أردت به الانشاء في الحال أو لم أرد به شيأ أو لم يخطر ببالي شئ عتق قضاء وديانة ويرجع بقيمته على المكره وعلى هذه التفاصيل الطلاق ولو أكره على أن يعتق عبده أو يطلق امرأته ففعل رجع بالاقل من قيمة العبد ومن نصف المهر لان الضرر كان يندفع بالاقل ولو كان ذلك بعد الدخول لا يجب على المكره شئ لانه ان أوقع الطلاق لا يرجع بشئ على ماذكرنا وان أوقع العتق فهو ليس بمضطر الى ايقاعه اذ كان يمكنه أن يوقع الطلاق ويتخلص ولو أكره على التوكيل بالطلاق أو العتاق أو وقع التوكيل وقع استحسانا والقياس أن لا تصح الوكالة لان الوكالة تبطل بالهزل فكذا مع الاكراه كالبيع وأمثاله وجه الاستحسان أن الاكراه لا يمنع انعقاد البيع ولكن يوجب فساده فكذا التوكيل ينعقد مع الاكراه والشروط الفاسدة لا تؤثر في الوكالة لكونها من الاسقاطات فاذا لم يبطل نفذ تصرف الوكيل ويرجع الموكل على المكره بما أتلف عليه استحسانا والقياس أن لا يرجع لان الاكراه وقع على التوكيل وبه لا يثبت الاتلاف وانما يتلف بفعل الوكيل بعد ذلك باختياره وقد لا يفعل ذلك أصلا فلا يضاف التلف الى التوكيل كما في الشاهدين اذا شهدا أن فلانا قد وكل بعتق عبده فأعتق الوكيل ثم رجعا لم يضمنا وجه الاستحسان أن غرض المكره زوال ملكه اذا باشر الوكيل فكان الزوال مقصودا وجعل ما فعل طريقا الى الازالة فيضمن ولا ضمان على الوكيل لانه لم يوجد منه الاكراه ولو أكره على النذر صح ولزم لانه لا يحتمل الفسخ فلا يعمل فيه الاكراه وهو من اللاتي هزلهن جد ولا يرجع على المكره بما لزمه لانه لا مطالب له في الدنيا فلا يطالب هو به فيها اذ لو كان له الطالب فيها لحبس فيكون أكثر مما أوجب وكذا اليمين والظهار لا يعمل فيهما الاكراه لانهما لا يحتملان الفسخ فيستوي فيهما الجد والهزل وسواء كان اليمين على الطاعة أو على المعصية والاصل فيه حديث حذيفة رضي الله عنه أن المشركين لما أخذوه واستحلفوه على أن لا ينصر رسول الله صلى الله عليه وسلم في غزوة حلف مكرها ثم أخبر به رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أوف لهم بعهدهم ونحن نستعين بالله عليهم ولان الظهار كان طلاقا في الجاهلية فأوجب الشرع به حرمة مؤقتة بالكفارة فلا يؤثر فيه الاكراه كالطلاق وكذا الرجعة والايلاء والفيء فيه باللسان لان الرجعة استدامة النكاح فكانت ملحقة به والايلاء يمين في الحال وطلاق في المآل والاكراه لا يمنع كل واحد منهما والفيء فيه كالرجعة في الاستدامة ولو بانت بمضي أربعة أشهر ولم يكن دخل بها لزمه نصف المهر وليس له أن يرجع به على المكره لانه كان متمكنا من الفيء في المدة وكذا الخلع لانه طلاق أو يمين من جانب الزوج وكل ذلك لا يؤثر فيه الاكراه ثم ان كانت المرأة غير مكرهة لزمها البدل لانها التزمته وهي طائعة وان كانت مكرهة لا يلزمها لان المال لا يلزم بدون الرضا ولو أكره على أن يجعل كل مملوك يملكه في المستقبل حرا ففعل ثم ملك مملوكا عتق ولا ضمان على المكره لان العتق يحصل باعتبار صنع من جهته وان أكره على أن يعلقه بفعل الذي لا بد له منه نحو أن يقول ان صليت فعبدي حر أو أكلت أو شربت ثم فعل المكره هذه الاشياء عتق العبد وغرم المكره قيمته لانه لا بد له من هذه الافعال فكان ملجأ ولو أكره على أن يكفر ففعل لم يرجع بذلك على الذي أكرهه لانه أمر بالخروج عن حق لزمه وذلك حسبة منه لا اتلاف شئ عليه بغير حق ولو أكره على عتق عبد بعينه عن الكفارة ففعل عتق العبد وعلى المكره قيمته لانه لم يجب عليه أن يعتق عبدا معينا عن كفارته فصار بالاكراه عليه متعديا عليه

ولو أن أصاغ البا أكره رجلا حتى جعل على نفسه صدقة أو صوما أو حجا أو عمرة أو غزوة في سبيل الله أو بدنة أو شيأ يتقرب به الى الله فهذه بمنزلة أو تلف عضوا أو غيره يعني بحبس أو قيد حتى أوجب ذلك على نفسه فانه يلزمه وذلك لما روى محمد في كتاب الاكراه عن عمر رضي الله عنه أنه قال أربع مقفلات مبهمات ليس فيهن رديدي العتاق والطلاق والنكاح والنذر أراد بقوله مبهمات وقوعها وصحتها مطلقة بلا قيد الرضا والطواعية والجد اذا صدرت من مكلف ومنه قول ابن عباس رضي الله عنه أبهموا ما أبهم الله يعني أن حرمة الام مطلقة غير مقيدة بالدخول والرديدي بمعنى الرد ولان اليمين تصرف لا يبطله الهزل ألا ترى أنه اذا نذر هازلا يلزمه وكل تصرف لا يبطله الهزل لا يبطله الاكراه ولان النذر واليمين لا يتبلان الفسخ بعد وقوعهما وكل ما لا يقبل الفسخ لا يؤثر فيه الاكراه ولا يرجع فيه المكره على الذي أكرهه بما لزمه من المنذور ولانه لا يطالب به في الدنيا ولا يحبس بل يجب عليه ديانة لاقضاء اه (قوله وسواء كان اليمين على الطاعة أو على المعصية) قال الاتقاني نقلا عن شرح الكافي لشيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي ولو أكرهه على أن يظاهر من امرأته كان مظاهرا لانه من باب التحريم فأشبه اليمين اه بخلاف (قوله فصار بالاكراه عليه متعديا عليه) أي ولا يقال بأنه اتلاف بعوض لانه عسى يمكنه الخروج بما دون هذا فصار في الزيادة اتلافا بغير

عوض حتى قالوا لو كان هذا من أخس الرقاب لا يتصور أن يكون دون هذا عجزا بخلاف الاول لانه لم يأمره الا بالخروج عما لزمه ولم يكرهه على اتلاف مال معين ثم لا يجزئه عن الكفارة هنا لانه في معنى العتق بعوض ولو قال أنا أبرئه من القيمة حتى يجزئه عن الكفارة لم يجز ذلك لان العتق نفذ غير مجزئ عن الكفارة والموجود بعد ذلك ابراء عن الدين وهو لا تتأدى به الكفارة ولو قال أعتقه حين أكرهني وأنا أريد به عن الكفارة ولم أعتقه لاكراهه أجزأه عن الكفارة وليس له أن يرجع بقيمة العبد على المكره ولو أكرهه على أن يعتق نصف عبده فأعتق كله فهو مختار ولا شئ على المكره عند أبي حنيفة رحمه الله لان الاعتاق يتجزأ عنده وما أتى به غير ما أكره عليه فلا يصير الاتلاف به منسوبا الى المكره ألا ترى أنه لو أمر أن يعتق نصف عبده فأعتق كله كان باطلا عنده وعندهما يضمن المكره قيمته كله لان الاعتاق لا يتجزأ عندهما فالاكراه على اعتاق النصف اكراه على اعتاق الكل ولو أكرهه على اعتاق كله فأعتق نصفه يضمن نصفه عنده وعندهما يضمن الكل لان اعتاق النصف اعتاق للكل عندهما وعنده يقتصر على النصف فيكون آتيا ببعض ما أكره عليه فيجب عليه الضمان بحسابه ولو أكره على الزنا فزنى يجب عليه الحد في قول أبي حنيفة رحمه الله الاول وهو قول زفر ثم رجع وقال لا يجب عليه الحد ان أكرهه السلطان وان أكرهه غيره يجب وقالا لا يجب عليه في الوجهين وهذا باختلاف عصر وزمان على ما بينا من قبل وجه قوله الاول أن الزنا من الرجل لا يتصور الا بانتشار الآلة والانتشار دليل الطواعية ولانه لا يمكن نسبة الزنا الى المكره لكونه لا يصلح أن يكون آلة له في الزنا لان الوطء بآلة غيره غير ممكن فكان مقتصرا على الفاعل ولهذا يسقط به احصانه دون احصان المكره فكذا الحد يجب عليه بخلاف المرأة لانها محل الفعل ويتحقق منها الزنا ألا ترى أنه يتحقق منها وهي نائمة أو مغمى عليها ولا تشعر به وبخلاف الاكراه على القتل لانه يمكن أن يجعل آلة له فيه فينسب الى المكره حتى يجب عليه القصاص وجه قوله المرجوع اليه أن انتشار الآلة قد يكون طبعا كما في النائم فلا يدل على الطواعية فيسقط الحد اذا وجد الاكراه الملجئ لانه لولا الالجاء لما فعل وقصده بالفعل دفع الهلاك عن نفسه لاقضاء الشهوة ولان الحد شرع للزجر وهو منزجر في غير حالة الاكراه لما أن في الامتناع اهلاكه فلا فيد شرع الحد في هذه الحالة فلا يكون مشروعا قال رحمه الله (وعلى الردة لتبين امرأته) أي لو أكره على الردة وأجرى كلمة الكفر على لسانه وقلبه مطمئن بالايمان لم تبن امرأته لانه لا يكفر به من غير تبدل الاعتقاد حتى لو ادعت المرأة ذلك وأنكر هو كان القول قوله استحسانا والقياس أن يكون القول قولها حتى يفرق بينهما لان كلمة الكفر سبب لحصول البينونة بها فيستوي فيها الطائع والمكره كلفظة الطلاق ووجه الاستحسان أن هذه اللفظة غير موضوعة للفرقة وانما تقع الفرقة باعتبار تغير الاعتقاد والاكراه دليل على عدم تغيره فلا تقع الفرقة ولهذا لا يحكم عليه بالكفر بخلاف ما اذا أسلم مكرها حيث يحكم عليه بالاسلام لانه وجد أحد الركنين وفي الركن الآخر احتمال فرجحنا جانب الوجود احتياطا لان الاسلام يعلو ولا يعلى عليه ونظيره السكران فان اسلامه صحيح وكفره لا يصح ولا يحكم بردته لعدم القصد هذا البيان الحكم أما فيما بينه وبين الله تعالى فان لم يعتقد فليس بمسلم ولو أكره على الاسلام حتى أسلم ثم رجع عن الاسلام لا يقتل لانه لما تمكنت الشبهة لاحتمال عدم الاسلام من الابتداء فيكون كفره أصليا لعدم صحة اسلامه ولو قال المكره نويت الاخبار باطلا ولم أكن فعلت بانت امرأته في الحكم لانه أقر بوجود المخلص وجوابه مطابق للسؤال فيكون مخالفا لما نوى باعتبار الظاهر فلا يصدق أنه نوى ذلك لان كلامه وقع جوابا لما طلب منه ظاهرا فالظاهر أنه أجاب اليه ونوى ما قصده المكره مع اقراره على نفسه بوجود المخلص فلا يصدق في حق المرأة أنه عدل عما طلبوه منه بالنية فيجعل مجيبا لهم طائعا ولو قال أردت ما طلب مني وقد خطر ببالي الخبر عن الباطل بانت ديانة وقضاء لانه كفر حقيقة حيث أجاب الى ما طلب منه مع وجود المخلص وعلى هذا لو أكره على الصلاة على الصليب

بخلاف الاول لانه لم يأمره الا بالخروج عما لزمه ولم يكرهه على اتلاف مال معين ثم لا يجزئه عن الكفارة هنا لانه في معنى العتق بعوض ولو قال أنا أبرئه من القيمة حتى يجزئه عن الكفارة لم يجز ذلك لان العتق نفذ غير مجزئ عن الكفارة والموجود بعد ذلك ابراء عن الدين وهو لا تتأدى به الكفارة ولو قال أعتقه حين أكرهني وأنا أريد به عن الكفارة ولم أعتقه لاكراهه أجزأه عن الكفارة وليس له أن يرجع بقيمة العبد على المكره ولو أكرهه على أن يعتق نصف عبده فأعتق كله فهو مختار ولا شئ على المكره عند أبي حنيفة رحمه الله لان الاعتاق يتجزأ عنده وما أتى به غير ما أكره عليه فلا يصير الاتلاف به منسوبا الى المكره ألا ترى أنه لو أمر أن يعتق نصف عبده فأعتق كله كان باطلا عنده وعندهما يضمن المكره قيمته كله لان الاعتاق لا يتجزأ عندهما فالاكراه على اعتاق النصف اكراه على اعتاق الكل ولو أكرهه على اعتاق كله فأعتق نصفه يضمن نصفه عنده وعندهما يضمن الكل لان اعتاق النصف اعتاق للكل عندهما وعنده يقتصر على النصف فيكون آتيا ببعض ما أكره عليه فيجب عليه الضمان بحسابه ولو أكره على الزنا فزنى يجب عليه الحد في قول أبي حنيفة رحمه الله الاول وهو قول زفر ثم رجع وقال لا يجب عليه الحد ان أكرهه السلطان وان أكرهه غيره يجب وقالا لا يجب عليه في الوجهين وهذا باختلاف عصر وزمان على ما بينا من قبل وجه قوله الاول أن الزنا من الرجل لا يتصور الا بانتشار الآلة والانتشار دليل الطواعية ولانه لا يمكن نسبة الزنا الى المكره لكونه لا يصلح أن يكون آلة له في الزنا لان الوطء بآلة غيره غير ممكن فكان مقتصرا على الفاعل ولهذا يسقط به احصانه دون احصان المكره فكذا الحد يجب عليه بخلاف المرأة لانها محل الفعل ويتحقق منها الزنا ألا ترى أنه يتحقق منها وهي نائمة أو مغمى عليها ولا تشعر به وبخلاف الاكراه على القتل لانه يمكن أن يجعل آلة له فيه فينسب الى المكره حتى يجب عليه القصاص وجه قوله المرجوع اليه أن انتشار الآلة قد يكون طبعا كما في النائم فلا يدل على الطواعية فيسقط الحد اذا وجد الاكراه الملجئ لانه لولا الالجاء لما فعل وقصده بالفعل دفع الهلاك عن نفسه لاقضاء الشهوة ولان الحد شرع للزجر وهو منزجر في غير حالة الاكراه لما أن في الامتناع اهلاكه فلا فيد شرع الحد في هذه الحالة فلا يكون مشروعا قال رحمه الله (وعلى الردة لتبين امرأته) أي لو أكره على الردة وأجرى كلمة الكفر على لسانه وقلبه مطمئن بالايمان لم تبن امرأته لانه لا يكفر به من غير تبدل الاعتقاد حتى لو ادعت المرأة ذلك وأنكر هو كان القول قوله استحسانا والقياس أن يكون القول قولها حتى يفرق بينهما لان كلمة الكفر سبب لحصول البينونة بها فيستوي فيها الطائع والمكره كلفظة الطلاق ووجه الاستحسان أن هذه اللفظة غير موضوعة للفرقة وانما تقع الفرقة باعتبار تغير الاعتقاد والاكراه دليل على عدم تغيره فلا تقع الفرقة ولهذا لا يحكم عليه بالكفر بخلاف ما اذا أسلم مكرها حيث يحكم عليه بالاسلام لانه وجد أحد الركنين وفي الركن الآخر احتمال فرجحنا جانب الوجود احتياطا لان الاسلام يعلو ولا يعلى عليه ونظيره السكران فان اسلامه صحيح وكفره لا يصح ولا يحكم بردته لعدم القصد هذا البيان الحكم أما فيما بينه وبين الله تعالى فان لم يعتقد فليس بمسلم ولو أكره على الاسلام حتى أسلم ثم رجع عن الاسلام لا يقتل لانه لما تمكنت الشبهة لاحتمال عدم الاسلام من الابتداء فيكون كفره أصليا لعدم صحة اسلامه ولو قال المكره نويت الاخبار باطلا ولم أكن فعلت بانت امرأته في الحكم لانه أقر بوجود المخلص وجوابه مطابق للسؤال فيكون مخالفا لما نوى باعتبار الظاهر فلا يصدق أنه نوى ذلك لان كلامه وقع جوابا لما طلب منه ظاهرا فالظاهر أنه أجاب اليه ونوى ما قصده المكره مع اقراره على نفسه بوجود المخلص فلا يصدق في حق المرأة أنه عدل عما طلبوه منه بالنية فيجعل مجيبا لهم طائعا ولو قال أردت ما طلب مني وقد خطر ببالي الخبر عن الباطل بانت ديانة وقضاء لانه كفر حقيقة حيث أجاب الى ما طلب منه مع وجود المخلص وعلى هذا لو أكره على الصلاة على الصليب

الزيادة قلنا متى ضمن بعضه خرج من أن يكون كفارة فتبين أنه اتلاف بلا نفع يسلم له فيضمن كله ولم يجزه عن الكفارة لانه متى وجب الضمان لربه على المكره صار اعتاقا بعوض فلا يصلح كفارة اه اتقاني (قوله وأنا أريد به) أي كفارة الظهار اه اتقاني (قوله أجزأه) أي عن كفارة الظهار لانه أخبر أنه أعتقه طائعا فلم يكن الضمان به واجبا على المكره فصلح كفارة وإنه أمر بينه وبين ربه فصدق فيه ولم يكن له على المكره شئ لانه أخبر أنه طائع وان قال أردت به العتق عن الظهار كما أمرني ولم يخطر ببالي غير ذلك لم يجزه عن الكفارة لانه أخبر أنه فعل ما فعل بأمره فكان مكرها ولو أكرهه بحبس أو قيد أجزأه عنه لانه لا يوجب نقل الفعل الى غيره ولا يوجب الضمان على المكره فبقي اعتاقا بلا عوض فيسلم له فيصلح كفارة اه الثاني (قوله والقياس أن يكون الخ) أسير خرج من دار الحرب الى دار الاسلام فقالت له امرأته انك ارتددت في دار الحرب ان أنكر الزوج فالقول قوله لانه منكر للفرقة وان أقر وقال تكلمت بذلك لكن مكرها فالقول قولها لانه أقر بالردة وادعى المكره والمرأة منكرة فالقول قولها وان صدقته المرأة فالقاضي لا يصدقهما الان تصادقهما في النزع لا يجوز اه سيرفتاوى الولوالجي رحمه الله (قوله ولو قال المكره) أي على الاسلام اه

أو على سب محمد صلى الله عليه وسلم فقال خطر ببالي أن أحمد الله تعالى أو أسب محمدا آخر فنويت السجود لله تعالى أو سببت غير النبي صلى الله عليه وسلم بانت امرأته قضاء لا فيما بينه وبين الله تعالى ولو قال نويت السجود للصليب أو سب النبي صلى الله عليه وسلم كفر ديانة وقضاء لما قلنا ولو قال لم يخطر ببالي شيء ونويت ما طلب مني وقلبي مطمئن بالايمان لا تبين امرأته ديانة ولا قضاء وهو المراد بالمذكور في الكتاب لانه لم يقر على نفسه بوجود المخلص واجابة ما طلب منه في حالة الاكراه رخص له دون غيرها من الاحوال حتى لو خطر ببالك أنه لو أكرهه العدو على كلمة الكفر لاجراها على لسانه وقلبه مطمئن بالايمان كفر من ساعته لانه رضي باجراء كلمة الكفر على لسانه من غير اكراه فصار تقدير ما لو نوى أن يكفر في وقت في المستقبل والله أعلم

﴿فصل﴾ وحرمة طرف الانسان كحرمة نفسه حتى لو أكره على قطع يد غيره لا يرخص له قطعها كما لم يرخص له قتل نفسه بخلاف اتلاف ماله ولو قطعها يأثم القاطع ويجب القصاص على المكره كما قلنا في النفس ولو أكره على قطع طرف نفسه حل له قطعه بخلاف ما اذا أكره على قتل نفسه حيث لا يحل له قتلها لان الاطراف يسلك بها مسالك الاموال في حق صاحب الطرف حتى يحل له قطعها اذا استأكلت ولو قال له لتلقين نفسك في النار أو من الجبل أو لاقتلنك وكان الالقاء بحيث لا ينجو منه ولكن فيه نوع خفة فله الخيار ان شاء فعل ذلك وان شاء لم يفعل وصبر حتى يقتل عند أبي حنيفة رحمه الله لانه ابتلي ببليتين فيختار ما هو الاهون في زعمه وعندهما يصبر ولا يفعل ذلك لان مباشرة الفعل سعي في اهلاك نفسه فيصبر تحاميا عنه وأصله أن الحريق اذا وقع في سفينة وعلم أنه لو صبر فيه احترق ولو وقع في الماء غرق فعنده يختار أيهما شاء وعندهما يصبر ثم اذا ألقى نفسه في النار فاحترق فعلى المكره القصاص وان أكره على أن يقطع يد رجل بحديدة فقطع يده ثم قطع رجله بغير اكراه فمات المقطوع من ذلك يجب القصاص على القاطع والمكره لانه مات بفعلين أحدهما انتقل الى المكره والآخر اقتصر على القاطع فصارا قاتلين له وعند أبي يوسف رحمه الله عليهما الدية في ماليهما لان في قطع اليد على المكره الدية عنده فصار نصيب الآخر مالا ضرورة ولو قال له لتلقين نفسك من رأس الجبل أو لأقتلنك بالسيف فألقى نفسه فمات فعند أبي حنيفة رحمه الله تجب الدية على عاقلة المكره لانه لو باشر لا يجب عليه القصاص لانه قتل بالمثقل بل فيه الدية على العاقلة فكذا اذا أكره عليه وعند أبي يوسف رحمه الله تجب الدية على المكره في ماله وعند محمد رحمه الله يجب القصاص على المكره لانه كالقتل بالسيف عنده وعلى المكره القصاص عنده ولو قال لآخر اقتلني فعنه تجب الدية في ماله في الصحيح وهو رواية الاصل لان الاباحة لا تجري في النفوس فكان ينبغي أن يجب القصاص كما قال زفر وانما سقط للشبهة باعتبار الاذن فتجب الدية في مال القاتل لانه عمد والعاقلة لا تعقل وفي رواية لا يجب عليه شيء لان نفسه حتفه فصار كاذنه باتلاف ماله وهم لا يضمان فكذا هنا واذا أكره ولي المرأة على التزويج بمهر فيه غبن فاحش ثم زال الاكراه فرضيت المرأة ولم يرض الولي فللولي الفراق بينهما عند أبي حنيفة رحمه الله لان التبليغ الى مهر المثل حق الاولياء لانهم يتعيرون بالنقصان وقالا ليس لهم ذلك لان المهر خالص حقها حتى يملك اسقاطه وهبته والله أعلم

﴿كتاب الحجر﴾

قال رحمه الله (هو منع عن التصرف قولا لا فعلا بصغر ورق وجنون) هذا في الشرع وفي اللغة هو المنع مطلقا أي منع كان ومنه سمي الحطيم حجرا لانه منع من الكعبة وسمي العقل حجرا لانه يمنع من القبائح ومنه قوله تعالى هل في ذلك قسم لذي حجر أي لذي عقل ثم ان الله تعالى خلق البشر أشرف خلق وجعلهم بكمال حكمته متفاوتين فيما يتمازون به عن الانعام وهو العقل وبه يسعد من سعد وذلك أن الله تبارك وتعالى ركب في البشر العقل والهوى وركب في الملائكة العقل دون الهوى وركب في البهائم الهوى دون

﴿كتاب الحجر﴾

أو رد الحجر بعد الاكراه لما أن بينهما سلب الاختيار الا أن الاكراه أقوى لان فيه سلبه عن له اختيار صحيح وولاية كاملة بخلاف الحجر فكان أحق بالتقديم ومحاسن الحجر النظر والشفقة على المحجور وقد يكون النظر والشفقة لغيره ودفع الاذى عنه كما في حجر المديون والسفيه على قوله ما وحجر المريض عن التصرف في الزهن وحجر العبد لحق المولى اه كاكي وكتب ما نصه قال الاتقاني وفي اصطلاح الفقهاء عبارة عن حجر مخصوص وهو الحجر الحكمي الذي لا يصير تصرف المحجور عليه مفيدا حتى اذا باع وحصل القبض لا يفيد الملك وهو الفرق بين الحجر والنهي فان النهي يفيد الملك بعد القبض كما في البيع الفاسد اه (قوله في المتن بصغر ورق وجنون) وهذه الثلاثة سبب للحجر باجماع العلماء وفي أن السفه والفلس سبب للحجر اختلاف كما سيجيء وحكى عن أبي حنيفة أنه ألحق بهذه الثلاثة ثلاثة أخر وهي المغمى عليه والنائم والمكاري المفلس اه كاكي (قوله ومنه قوله تعالى هل في ذلك قسم لذي حجر) أي لذي عقل ومنه قول بعضهم

لا يتمادى في اتباع الهوى * الا الذي في عقله وهي

فالعقل عقل والحجا حاجز * والحجر حجر والنهى نهي العقل

(قوله كل ذلك رحمة منه) ذكر البيهقي في كتاب المعرفة أن الاحكام انما صارت متعلقة بالبلوغ بعد الهجرة وذكر الشيخ تقي الدين السبكي أن ذلك بعد أحد اه (قوله والرق الخ) قال الاتقاني وقيل الرق الخ اه (قوله ثم هذه الاشياء توجب الحجر الخ) حتى يؤاخذ بالافعال حتى ان طفلا يوم لوانقلب على مال انسان فأتلفه يلزمه الضمان وكذلك المجنون الذي لا يفيق اذا مزق ثوب انسان يلزمه الضمان لان الافعال لا تقف على القصد الصحيح لانها توجد حسا ومشاهدة ولا امكان لرد ما هو ثابت حسا بخلاف الاقوال التي تسقط بالشبهة كالحدود والقصاص فان الصبا والجنون يؤثران فيهما لان الحدود والقصاص عقوبة والصبي والمجنون ليسا من أهل العقوبة فسقطت عنهما لقصور في فعلهما لعدم القصد الصحيح اه غاية (قوله فيحتمل فيه) أي في تصرفه اه (١٩١) (قوله وان كان يجن تارة ويفيق أخرى) قال الاتقاني وأراد بالمجنون المغلوب الذي يجن ولا يفيق وهو المغلوب على عقله وهو احتراز عن الذي يجن ويفيق وهو المعتوه فان حكمه حكم الصبي كما سيجيء بعد هذا اه (قوله فهو في حال افاقته كالعاقل) يقتضي أن تصرفاته نافذة في حال افاقته فهو مخالف لما ذكره الاتقاني من أنه موقوف وقد نقلت عبارته بعد ثلاث قولات في هذا المجرد عند قوله فالولي بالخيار الخ فانظره أقول والذي يظهر لي بتوفيق الله تعالى أن الحق التفصيل فان كان لافاقته وقت معلوم فعقد في ذلك الوقت فالحكم فيه النفاذ كالعاقل وان لم يكن لافاقته وقت معلوم فعقد في حال الافاقة فالحكم فيه الوقف كالصبي فينبغي أن يحمل ما قاله الزيلعي رحمه الله على الاول وما ذكره الاتقاني رحمه الله على الثاني هذا ما ظهر لي حال المطالعة والله أعلم بالصواب اه (قوله والمعتوه كالصبي الخ) قال الاتقاني ثم اعلم أن المعتوه البالغ هل تجب عليه العبادات أم لا فيه اختلاف المشايخ فالقاضي أبو زيد مال الى الوجوب ونفر الاسلام مال الى السقوط اه سيأتي في كلام الشارح في الورقة الآتية في الشرح أنه غير مكلف اه (قوله في المتن ومن عقد منهم) أي من هؤلاء المذكورين الثلاثة اه اتقاني وكتب على قوله منهم ما نصه قال خواهر زاده أي من الصغير والعبد ذكر الجمع وأراد التثنية كما في قوله تعالى فقد صغت قلوبكما وقال في شرح النافع أراد الصغير والعبد والمجنون الذي يجن ويفيق لا الذي ذهب عقله فان تصرف مثل هذا لا يصح وان لحقه الاجازة ولهذا قيده بقوله وهو يعقله (قوله في المتن أو يفسخه) يعني اذا باع الصغير شيأ أو اشتراه فلحقه الاجازة فان عقل معنى العقد جاز والا فلا وكذا المجنون الذي يجن ويفيق اذا عقد فأجازه الولي جاز ذلك اذا كان العقد في حال افاقته ومعرفته معنى البيع اه غاية (قوله فالولي بالخيار الخ) قال الاتقاني رحمه الله اعلم أن ما كان فيه نفع يشوبه ضرر كالبيع والشراء والاستئجار والاجارة والرهن والارتهان والاقراض والاستقراض

العقل فمن غلب من البشر عقله على هواه كان أفضل خلقه لما يقاسي من مخالفة الهوى ومكابدة النفس ومن غلب هواه على عقله كان أردأ من البهائم قال الله تبارك وتعالى إن هم الا كالانعام بل هم أضل فجعل بعضهم ذوي النهى وجعل منهم أعلام الدين وأئمة الهدى ومصابيح الدجى وابتلى بعضهم بما شاء من أسباب الردى كالجنون الموجب لعدم العقل والصغر والعته الموجبين لنقصانه فجعل تصرفهما غير نافذ بالحجر عليهما ولولا ذلك لكان معاملتهما ضررا عليهما بأن يستجر من يعاملهما مالهما باحتياله الكامل وجعل من ينظر في مالهما خاصا وعاما وأوجب عليه النظر لهما وجعل الصبا والجنون سببا للحجر عليهما كل ذلك رحمة منه ولطفا والرق ليس بسبب للحجر في الحقيقة لانه مكلف محتاج كامل الرأي كالحر غير أنه ومافي يده ملك المولى فلا يجوز له أن يتصرف لاجل حق المولى والانسان اذا منع عن التصرف في ملك الغير لا يكون محجورا عليه كالحر لا يقال انه محجور عليه مع أنه ممنوع عن التصرف في ملك غيره ولهذا يؤخذ العبد باقراره بعد العتق لزوال المانع وهو حق المولى ولعدم نفوذه في الحال وتأخره الى ما بعد الحرية جعله من المحجور عليهم ثم هذه الاشياء توجب الحجر في الاقوال دون الافعال لان الحجر في الحكميات دون الحسيات ونفوذ القول حكمي ألا ترى أنه يرتد ويقبل والفعل حسي لا يمكن رده اذا وقع فلا يتصور الحجر عنه وهو المراد بقوله هو منع عن التصرف قولا لا فعلا قال رحمه الله (فلا يصح تصرف صبي وعبد بلا اذن ولي وسيد) لان الصبي عديم العقل ان كان غير مميز وان كان مميزا فعقله ناقص لعدم الاعتدال وهو بالبلوغ فيحتمل فيه الضرر فلا يجوز الا اذا أذن له الولي فيصح حينئذ لترجح جانب المصلحة فيه ومنع العبد لحق المولى فاذا أذن له فقد زال فيتصرف بأهليته ان كان بالغا فلا وان كان صغيرا فهو كالحر الصغير قال رحمه الله (ولا تصرف المجنون المغلوب بحال) يعني لا يجوز تصرفه أصلا ولو أجازه الولي لان صحة العبارة بالتمييز وهو لا تمييز له فصار كبيع الطوطي وان كان يجن تارة ويفيق أخرى فهو في حال افاقته كالعاقل والمعتوه كالصبي العاقل في تصرفاته وفي رفع التكليف عنه وهو الناقص العقل وقيل هو المدهوش من غير جنون واختلفوا في تفسيره اختلافا كثيرا وأحسن ما قيل فيه هو من كان قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير الا أنه لا يضرب ولا يشتم كما يفعل المجنون قال رحمه الله (ومن عقد منهم وهو يعقله يجيزه الولي أو يفسخه) أي من عقد البيع أو الشراء من هؤلاء المحجورين وهو يعقل البيع والشراء بأن يعرف أن البيع سالب للملك والشراء جالب له ويعلم الغبن الفاحش من اليسير ويقصد به تحصيل الربح والزيادة فالولي بالخيار ان شاء أجازه وان شاء رده لانه اذا كان بهذه الصفة يحتمل

أن يكون في عقده مصلحة فيجيزه الولي أو المولى ان رأى فيه ذلك كعقد الاجنبي وهو الفضولي فيتوقف على اجازته فان قيل هذا في البيع مستقيم وأما في الشراء فلا يستقيم لانه لا يتوقف بل ينفذ على المشتري قلنا انما ينفذ على المشتري اذا وجد نفاذا كشراء الفضولي وهنا لم يجد نفاذا لعدم الاهلية أو لتضرر المولى فيوقف الكل قال رحمه الله (وان أتلفوا شيأ ضمنوا) لماذكرنا أنهم غير محجور عليهم في حق الافعال اذ لا يمكن أن يجعل القتل غير القتل والقطع غير القطع فاعتبر في حقه فيترتب عليه موجبه لتحقق السبب ووجود أهلية الوجوب وهي الذمة لان الآدمي يولد وله ذمة صالحة لوجوب الحق عليه وله الا أنه لا يخاطب بالأداء الا عند القدرة كالمعسر لا يطالب بالدين الا اذا أيسر وكالنائم لا يؤمر بالاداء الا اذا استيقظ من النوم قال رحمه الله (ولا ينفذ اقرار الصبي والمجنون) لان اعتبار الاقوال بالشرع ألا ترى أنه يحتمل الصدق والكذب وقبل الشارع شهادة البعض دون البعض فأمكن رده فيرد نظرا لهما بخلاف الافعال على ما بينا أنه فعل حسي فلا مرد له حتى لو تعلق به حكم شرعي كالحد فلا يعتبر فعله أيضا الا من حيث انه اتلاف فيجب عليه الضمان قال رحمه الله (وينفذ اقرار العبد في حقه لا في حق مولاه فاو أقر بمال لزمه بعد الحرية) لانه اقرار على غيره وهو المولى لما أنه وما في يده ملك المولى واقرار المرء على غيره لا يقبل فاذا عتق زال المانع فيتبع به لوجود سببه عن أهلية قال رحمه الله (ولو أقر بحد أو قود لزمه في الحال) لان العبد مبقى على أصل الحرية في حقهما لانهما من خواص الانسانية وهو ليس بمملوك من حيث انه آدمي وان كان مملوكا من حيث انه مال ولهذا لا يصح اقرار المولى بهما عليه فاذا بقي على أصل الحرية فيهما ينفذ اقراره بهما لانه أقر بما هو حقه وبطلان حق المولى ضمني فان قيل قوله عليه الصلاة والسلام لا يملك العبد والمكاتب شيأ الا الطلاق يقتضي أن لا يملك الاقرار بالقصاص والحدود قلنا لما بقي على أصل الحرية في حقهما يكون اقرارا لحر لا اقرارا لعبد ولان قوله تعالى بل الانسان على نفسه بصيرة يقتضي أن يصح اقراره فينفذ ولا يقال انه خص منه الاقرار بالمال لانا نقول الاقرار بالمال ليس باقرار على نفسه وانما هو اقرار على غيره فلم يتناوله النص على أنا لا نسلم أنه مخصوص لانه مقبول أيضا في حق نفسه حتى يلزمه بعد الحرية ولا يقال ان النص يحمل على أنه ورد على الحر دفعا للتناقض بينه وبين ما روينا قلنا يحمل المروي على غير هذه الصورة دفعا للتعارض قال رحمه الله (لا بسفه) أي لا يحجر عليه بسبب سفه وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله اعلم أنه لا يرى الحجر على الحر البالغ العاقل بسبب السفه والدين والغفلة والفسق وان كان مبذرا مفسدا يتلف ماله فيما لا غرض له فيه ولا مصلحة وعندهما يحجر عليه بسبب السفه والدين في تصرفات لا تصح مع الهزل كالبيع والهبة والاجارة والصدقة ولا يحجر عليه في غيرها كالطلاق ونحوها وقال الشافعي رحمه الله يحجر عليه بالكل والسفه هو العمل بخلاف موجب الشرع واتباع الهوى وترك ما يدل عليه دليلا والسفيه من عادته التبذير والاسراف في النفقة وأن يتصرف تصرفا لا لغرض أو لغرض لا يعده العقلاء من أهل الديانة غرضا مثل دفع المال الى المغني واللاعب وشراء الحمام الطيارة بثمن غال والغبن الفاحش في التجارات من غير مجدة وأصل المسامحات في التصرفات والبر والاحسان مشروع والاسراف حرام كالاسراف في الطعام والشراب قال الله تعالى والذين اذا أنفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا وكان بين ذلك قواما وقوله تعالى ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياما وارزقوهم فيها واكسوهم فهذا نص على اثبات الحجر عليه بطريق النظر فان الولي هو الذي يباشر التصرف في ماله على وجه النظر له وقوله تعالى فان كان الذي عليه الحق سفيها أو ضعيفا أو لا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل وهذا نص على اثبات الولاية على السفيه وأنه مولى عليه فلا يكون ذلك الا بعد الحجر عليه وروي أن عبد الله بن جعفر كان يغبن ماله في الجهاد والضيافات حتى اشترى دار الضيافة بمائة ألف فبلغ ذلك علي بن أبي طالب فقال لآتين عثمان ولاسألنه أن يحجر عليه فاعتم بذلك عبد الله وجاء الى الزبير فأخبره بذلك فقال أشركني فيها فأشركه ثم جاء علي الى عثمان رضي الله

عنهما

فانه يقف على اجازة الولي اذا تصرف الصبي العاقل أو المعتوه وكذا العبد المحجور اذا تصرف في هذه الاشياء يقف على اجازة المولى حتى يرى الولي أو المولى رأيه فيه ان رأى النفع في النقض نقض اه (قوله لان العبد مبقى الخ) وقال زفر لا يصح اقراره اذا كان محجورا عليه وجه قوله أنه لو صح يلزم منه اتلاف مال المولى فلا يصح كما لو أقر بدين ولنا أن العبد مبقى على أصل الحرية في حق الدم لان الرق ينافي مالكية غير المال لان كونه مملوكا باعتبار معنى المالية فيه لا باعتبار الآدمية والقصاص من خواص الآدمية وكذا ايجاب الحد فيصح اقراره بهما والدليل على أنه مبقى على أصل الحرية أن المولى لا يملك سفك دمه ولا يصح اقرار المولى بدمه ولان اقرار المحجور بدين انما لا يصح في حق المولى للتهمة في حق مولاه وليس عتهم في هذا الاقرار لانه أقر بما يوجب العقوبة على نفسه وقول زفر منقوض باقراره بالردة فانه يقبل ويقتل وان لزم اتلاف مال المولى وينبغي أن يكون مراد القدوري في قوله وان أقر بحد أو قصاص لزمه فيما اذا كان كبيرا أما اذا كان صغيرا فلا لانه لا اعتبار لقوله لعدم القصد الصحيح اه اتقاني

(قوله ولابي حنيفة ما روى ابن عمر الخ) قال الاتقاني وجه قول أبي حنيفة الكتاب والاجماع والمعقول ثم قال وأما الاجماع فهو أن السفيه اذا طلق أو أعتق أو تزوج تصح منه هذه التصرفات بالاتفاق وكذا اذا أقر على نفسه (١٩٣) بالحدود والقصاص صح بالاتفاق

عنهما فسأله أن يحجر عليه فقال كيف أحجر على رجل شريكه الزبير وانما قال ذلك لان الزبير كان معروفا بالكياسة في التجارة فاستدل برغبته أنه لا غبن في تصرفه وهذا اتفاق منهم على جواز الحجر بهذا السبب وأن عائشة رضي الله عنها كانت تتصدق بمالها حتى روي أنها كان لها رباع فهمت ببيع رباعها للتصدق بالثمن فبلغ ذلك عبد الله بن الزبير فقال لانهين عائشة عن بيع رباعها للتصدق أو لاحجرن عليها ولان النظر واجب حقا للاسلام وليس من النظر أن يمكن من التصرف لاعلى وجه يقتضيه العقل والحكمة فيحجر عليه نظرا له وهو من جملة التعاون على البر فصار كالصبي بل أولى لان الصبي انما حجر عليه لتوهم التبذير وهذا قد تحقق منه ولهذا منع ماله في الابتداء احتياطا بطريق النظر له ومنع المال من غير حجر عليه لا يفيد لان ما منع من يده تلفه بلسانه فيحجر عليه نظرا له ولابي حنيفة رحمه الله ما روى ابن عمر رضي الله عنهما أنه عليه الصلاة والسلام ذكر له رجل يخدع في البيع فقال من بايعت فقل لا خلابة رواه البخاري ومسلم وفي رواية غيرهما قيل له احجر عليه ولانه عاقل كامل العقل ألا ترى أنه مكلف فلا يحجر عليه كالرشيد بخلاف المعتوه والصبي فانهما ناقصا العقل ولهذا لم يكلفا فلا يمكن القياس عليهما ولو كان يحجر عليه نظرا له لكان رفع التكليف أنظر له فحيث كلفه الشارع يعلم أنه لم ينظر له فكيف ينظر له وهو كامل العقل والتقصير من جهته بسوء اختياره وقلة تدبيره مكابرا العقل ومتابعا لهواه ولان في حجره إلحاقه بالبهائم وإهدار آدميته وهو أشد ضررا من التبذير ولا يتحمل الاعلى لدفع الادنى حتى لو كان في الحجر دفع ضرر عام يحجر عليه عندنا وذلك كالحجر على المتطبب الجاهل بأن يستبيهم دواءه مهلكا أو اذا قوي عليهم الدواء لا يقدر على ازالة ضرره وكالحجر على المفتي الماجن وهو الذي يعلم العوام الحيل الباطلة كتعليم الارتداد لتبين المرأة من زوجها أو لتسقط عنها الزكاة ولا يبالي بما يفعل من تحليل الحرام أو تحريم الحلال وكالحجر على المكاري المفلس وهو الذي يتقبل الكراء ويؤجر الجمال وليس له جمال ولا ظهر يحمل عليها ولا له مال يشتري به الدواب والناس يعتمدون عليه ويدفعون الكراء اليه ويصرف هو ما أخذه منهم في حاجته فاذا جاء وقت الخروج يختفي فتذهب أموال الناس وتفوت حاجاتهم من الغزو والحج لان دفع الضرر العام واجب وان كان فيه الحاق الضرر بالخاص ولا يصح القياس على منع المال لعدم الاستواء لان الحجر أبلغ في العقوبة من منع المال ومنع المال مفيد لان أكثر ما تلف بتصرفاته بان لا يهتدي اليها لسلامة قلبه فيغبن في البياعات فيخسر أو بالهبات والصدقات أو بأن يجمع أصحابه من أهل الفسق والشر ويطعمهم ويسقيهم ويسرف في الانفاق عليهم فاذا لم يسلم اليه ماله لا يتمكن من ذلك والمذكور في قوله تعالى ولا تؤتوا السفهاء أموالكم أموالنا لا أموال السفهاء المراد بالآية أن نطعمهم ونكسوهم من أموالنا ولا نسلمها اليهم والمراد بالسفهاء الذراري من النساء والصبيان لان النساء والصبيان اذا سلم اليهم المال ضيعوه هكذا قال ابن عباس وظاهر الآية يشهد لذلك حيث أضيف المال الينا لا الى السفهاء ولئن كان المراد أموالهم فيجوز أن يكون المراد بالسفهاء الصغار والمجانين فلا يلزم حجة مع الاحتمال وقوله تعالى ولا تأكلوها اسرافا وبدارا أن يكبروا يدل على أن المراد بالآية الصغار لان معنى الآية والله أعلم لا تأكلوا أموالهم تبادرون كبرهم مخافة أن يكبروا فلا يكون للاولياء عليهم ولاية بعد الكبر وهو البلوغ فتنزع الاموال من أيديهم بالكبر وهذا يشهد لمذهب أبي حنيفة رحمه الله لانه يدل على زوال ولاية الولي بالكبر وكذا قوله تعالى فان كان الذي عليه الحق سفيها أو ضعيفا الآية يحتمل أن يكون المراد بهم الصبيان والمجانين لان السفيه هو الخفيف لغة وذلك بنقصان العقل كالصبي أو بعدمه كالمجنون

فلو كان محجورا عليه لم تصح تصرفاته أصلا لسلب ولايته فاذا صح تصرفه في النفس وهي الاصل وجب أن يصح تصرفه في المال وهو التبع بالطريق الاولى بدلالة الاجماع وأما المعقول فنقول هذا حر مخاطب تصرف في خالص حقه على وجه التنفيذ ولم يتصل به حق أحد فوجب أن ينفذ تصرفه ولا يحجر قياسا على المصلح لماله وعلى الطلاق والعتاق والنكاح وعلى تصرف يتصل بنفسه من الاقرار بالحد والقصاص وذلك لان كونه مخاطبا دليل على كونه ما لكا قادرا على التصرفات لان الخطاب دليل اعتبار عقله والعقل دليل (قوله فقل لا خلابة) أي لا خداع وجاء في رواية فقل لا خيابة بالياء كأنها لثغة من الراوي أبدل اللام ياء اه ابن الاثير رحمه الله (قوله بخلاف المعتوه الخ) قال الاتقاني ثم اعلم أن المعتوه البالغ هل تجب عليه العبادات أم لا فيه اختلاف المشايخ فالقاضي أبو زيد مال الى الوجوب وفخر الاسلام مال الى السقوط اه تقدمت هذه الحاشية قبل هذه بستة فولات في قوله والمعتوه كالصبي الخ فانظره وقد نبه على هذه

هنالك (قوله وكالحجر على المفتي الماجن) ذكر شيخ الاسلام خواهر زاده والمفتي الجاهل وهما متقاربان لان ضررهما عام اه اتقاني وكتب على قوله الماجن ما نصه قال في الجمهرة مجن الشيء يمجن مجونا اذا صلب وغلظ وقولهم رجل ماجن كأنه أخذ من غلظ الوجه وقلة الحياء وليس بعربي محض اه اتقاني

والصغير الذي ليس له عيز أو نقول الآية تقتضي أن ينفذ تصرف السفيه فان الذي عليه الدين هو الذي لزمه بمداينة نفسه لقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى ثم قال وليملل الذي عليه الحق يعني الحق الذي لزمه بتلك المداينة ثم قال فان كان الذي عليه الحق سفيها أي الحق الذي لزمه بمداينته والله أعلم فليملل وليه وهذا ظاهر على أن الدين لزمه بمعاملته ثم قد يعجز عن الاملال لعدم هدايته الى الحساب أو لقلة ممارسته بالاملال لانه يحتاج فيه الى فصاحة وتأليف كلام فيحتاج أن يملي عنه غيره باخباره هو واقراره على نفسه وأكثر الناس على هذا اليوم فان الذي عليه الحق لا يؤلف كلاما يمليه واغما يعلم ما عليه ثم يؤلف غيره من الكتاب وحديث عبد الله بن جعفر دليل لنا لان عثمان رضي الله عنه امتنع من الحجر عليه مع سؤال علي وكلام علي كان على سبيل التخويف له وحديث عائشة رضي الله عنها دليل لنا أيضا لانها لما بلغها قول ابن الزبير حلفت أن لا تكلم ابن الزبير أبدا فلو كان الحجر حكما شرعيا لما استجازت هذا الحلف من نفسها مجازاة على قوله فيما هو حكم شرعي وبهذا يتبين أن ابن الزبير قال ذلك كراهة أن تفني مالها فتبتلى بالفقر فتصير عيالا على غيرها والمصير الى هذا أولى ليكون أبعد من نسبة السفه والتبذير الى الصحابة رضي الله عنهم أجمعين لا سيما مثل عائشة وهي أكرم أهل البيت المطهرين من الرجس رضي الله عنهم أجمعين وكيف يظن بهم التبذير والمبذرون اخوان الشياطين وما القائل لذلك الا مكابر نفسه وجاحد للنصوص وانما كان ذلك على سبيل الشفقة والنصح خوفا عليهم على ما ذكرنا وكان ذلك من عادتهم الا ترى الى ما رويناه من حديث ابن عمر رضي الله عنه أنه قال ذكر رجل لرسول الله صلى الله عليه وسلم أنه يخدع في البيع فقال من بايعت فقل لا خلابة ولو كان الحجر مشروعا واجبا أو جائزا لحجر عليه وفيما روى أنس رضي الله عنه فأتى أهله النبي صلى الله عليه وسلم فقالوا يا رسول الله احجر على فلان فانه يبتاع وفي عقده ضعف فدعاه فنهاه عن البيع فقال يا نبي الله اني لا أصبر عن البيع فقال ان كنت غير تارك للبيع فقل هاء وهاء ولا خلابة رواه أبو داود وأحمد وابن ماجه والدارقطني وصححه الترمذي وهذا صريح بأن الحجر غير مشروع وأن نهيه عليه الصلاة والسلام كان على سبيل الشفقة عليه اذ لو كان عزيمة لما وسعه أن يقول لا أصبر عن البيع ولا كانت بياعاته تلزم وعن ابن عمر رضي الله عنهما أن منقذا سفع في رأسه في الجاهلية مأمومة فثقلت لسانه فكان اذا بايع يخدع في البيع فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم بايع وقل لا خلابة ثم أنت بالخيار ثلاثا قال ابن عمر فسمعته يبايع ويقول لا خلابة لا خلابة رواه الحميدي في مسنده فقال حدثنا سفيان عن محمد بن اسحق عن نافع عن ابن عمر فذكره وعن محمد بن يحيى بن حبان قال هو جدي منقذ بن عمرو وكان رجلا قد أصابته آمة في رأسه فكسرت لسانه فكان لا يدع على ذلك التجارة وكان لا يزال يغبن فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فذكر له ذلك فقال اذا أنت بايعت فقل لا خلابة ثم أنت في كل سلعة ابتعتها بالخيار ثلاث ليال ان رضيت فأمسك وان سخطت فاردد ها على صاحبها رواه البخاري في تاريخه وابن ماجه والدارقطني هكذا ذكر في المنتقى ثم لو حجر عليه القاضي فرفع ذلك الى قاض آخر فرفع حجره وأطلق عنه جاز اطلاقه لان الحجر من الاول فتوى وليس بقضاء لان القضاء لقطع الخصومة بين المتخاصمين بالقضاء لاحدهما على الآخر ولم يوجد وقال صاحب الهداية ولو كان قضاء فنفس القضاء مختلف فيه فلا بد من الامضاء يعني حتى يلزم لان الاختلاف اذا وقع في نفس القضاء لا يلزم ولا يصير مجمعا عليه وانما يصير مجمعا عليه أن لو كان الاختلاف موجودا قبل القضاء فيتأكد أحد القولين بالقضاء فلا يتقرر بعد ذلك وأما اذا كان الاختلاف في نفس القضاء فبالقضاء يحصل الاختلاف فلا بد من قضاء آخر ليصير مجمعا عليه لقضائه بعد وجود الاختلاف وهذا معناه ولكن فيه اشكال هنا لان الاختلاف فيه موجود قبل القضاء فان محمدا رحمه الله يرى حجره بنفس

الانصاري الخزرجي اه وكتب ما نصه قال ابن حجر رحمه الله في الاصابة والحاصل أنه اختلف في القصة هل وقعت لحبان بن منقذ أو لابيه منقذ بن عمرو اه (قوله فلا بد من الامضاء) أي حتى لو رفع تصرفه بعد الحجر الى القاضي الحاجر أو الى غيره فقضى ببطلان تصرفه ثم رفع الى قاض آخر نفذ باطلا له لاتصال الامضاء به ولا يقبل النقض بعد ذلك اه هداية (قوله وهذا معناه) أي معنى قول صاحب الهداية اه (قوله فان محمدا رحمه الله يرى حجره بنفس السفه) كما سيأتي في الصفحة الآتية من الشرح اه قال الصدر الكبير برهان الدين الاجل صاحب المحيط الكبير عبد العزيز بن عمر بن أبي سهل المعروف بمازه في طريقته المطولة الحجر على الحر العاقل البالغ السفيه المبذر لماله في الخمر والشر غير جائز عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يجوز ثم انهما اختلفا فيما بينهما في أن السفيه اذا بلغ بلغ محجورا أو مطلقا قال محمد بلغ محجورا ولا يحتاج الى حجر القاضي وقال أبو يوسف بلغ مطلقا ويحتاج الى حجر القاضي وأجمعوا على أنه يمنع عنه المال الى أن يبلغ خمسا وعشرين سنة ثم اختلفوا بعد ذلك قال أبو حنيفة لا يمنع عنه ماله بعد خمس وعشرين سنة وقال أبو يوسف ومحمد يمنع عنه ما دام السفه قائما الى هنا لفظ الطريقة اه اتقاني

السفه

(قوله حتى يحكم بجوازه هذا القضاء) أى يحكم بجوازه قاض آخر اه (قوله فقد صار بذلك جدا) قال فى الهداية ولهذا قال أبو حنيفة لو بلغ رشيدا ثم صار سفيها لا يمنع المال عنه قال الاتقانى أى ولاجل أن المنع باعتبار أثر الصبا قال أبو حنيفة اه قوله لا يمنع المال عنه أى خلافا لهما كما سيجىء آخر هذه الصفحة فى الشرح فى قوله وعلى هذا الخلاف اذا بلغ الخ اه وقد تأتى فى هذا المجرد بعد ثلاث قولات (قوله ثم لا يتأتى التفريع على قول أبى حنيفة) قال الاتقانى أراد بالتفريع الذى ذكره القدورى فى مختصره بقوله فاذا باع لا ينفذ بيعه وان كان فيه مصلحة أجازه الحاكم وذلك لان أبا حنيفة لما لم ير الحجر جائزا لم ينفذ بيع (١٩٥) السفيه أجازه الحاكم أو لا وهما لما رأيا الحجر جائزا ورد التفريع على قولهما فانعقد بيع السفيه ولم ينفذ فان أجازه الحاكم نفذ كما فى بيع الصبى العاقل والافلا وانما يجيزه اذا كان فى البيع منفعة فان لم يكن فى البيع منفعة بان كان فيه محاباة أو لم يكن فيه محاباة الا أن الثمن يهلك فى يد المحجور فانه لا يجيزه لانه لا منفعة للمحجور فى اجازة هذا البيع لان المبيع يزول عن ملكه بغير ثمن يحصل له وقت الاجازة كما أن الصبى اذا باع وفى البيع محاباة أو لم يكن فيه محاباة الا أن الثمن الذى قبضه يهلك فى يده لا يجيزه القاضى ولا نظر للصبى والمحجور فى الاجازة لانه لو لم يجز لم يضمن ما هلك من الثمن لانه قبض باذن المشترى ويحصل له المبيع ومتى أجاز يزول المبيع عن ملكه ولا يحصل له الثمن كذا ذكر شيخ الاسلام خواهر زاده فى مبسوطه اه اتقانى (قوله ولو باع قبل حجر القاضى الخ) قال الاتقانى قال فى اشارات الاسرار ثم

السفه ولا ينفذ تصرفه فانه أصلا فيصير القضاء به على هذا التقدير قضاء بقول محمد رحمه الله فيتأكد قوله بالقضاء بخلاف القضاء على الغائب فان الاختلاف فيه فى نفس القضاء هل يجوز أم لا فعندنا لا ينفذ وعند الشافعى رحمه الله يجوز فيحصل الاختلاف بالقضاء فلا يرتفع حتى يحكم بجواز هذا القضاء قال رحمه الله (فان بلغ غير رشيد لم يدفع اليه ماله حتى يبلغ خمسا وعشرين سنة ونفذ تصرفه قبله ويدفع اليه ماله ان بلغ مفسدا) أى ان بلغ خمسا وعشرين سنة دفع اليه ماله وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما لا يدفع اليه ماله أبدا حتى يؤنس منه الرشد ولا يجوز تصرفه فيه أبدا لقوله تعالى فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم ولقوله تعالى ولا تؤتوا السفهاء أموالكم نهانا عن الدفع اليه ما دام سفيها وأمرنا بالدفع ان وجد منه الرشد اذ لا يجوز الدفع اليه قبل وجوده ولان منع ماله لعلة السفه فيبقى المنع ما بقيت العلة لان الحكم يدور معها ولابى حنيفة رحمه الله قوله تعالى وآتوا اليتامى أموالهم ولا تتبدلوا الخبيث بالطيب والمراد به بعد البلوغ سمى يتيما لقربه منه ولان أول أحوال البلوغ قد لا يفارقه السفه باعتبار أثر الصبا فقدرناه بخمس وعشرين سنة لانه حال كمال لبه وقد روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال ينتهى لب الرجل اذا بلغ خمسا وعشرين سنة وقال أهل الطبائع من بلغ خمسا وعشرين سنة فقد بلغ رشده ألا ترى أنه قد بلغ سنا تصور أن يصير جدا لان أدنى مدة يبلغ فيه الغلام اثنتا عشرة سنة فيولد له ولد لستة أشهر ثم الولد يبلغ فى اثنى عشرة سنة فيولد له ولد لستة أشهر فقد صار بذلك جدا حتى لو بلغ رشيدا ثم صار مبذرا لم يمنع منه ماله لان هذا لبس بأثر الصبا فلا يعتبر فى منع المال ولان منع المال عنه على سبيل التأديب عقوبة عليه والاشتغال بالتأديب عند رجاء التأدب فاذا بلغ هذا السن فقد انقطع رجاء التأدب فلا معنى لمنع المال بعده والمراد بما قلنا من الآية الاولى منع أموالنا لا أموالهم على ما بينا من قبل والآية الثانية فيها تعليق بالشرط والتعليق بالشرط لا يوجب العدم عند عدم الشرط على أصلنا على ما عرف فى موضعه ثم لا يتأتى التفريع على قول أبى حنيفة رضى الله عنه وانما يتأتى على قول من يرى الحجر فعندهما اذا باع لا ينفذ بيعه لان فائدة الحجر عدم النفوذ وان كان فيه مصلحة أجازه الحاكم لان تصرفه موقوف لاحتمال أن يكون فيه مصلحة فاذا رأى الحاكم فيه مصلحة أجازه والا رده كتصرف الصبى والمعتوه بل أولى لانه مكلف عاقل ينفذ تصرفه فيما يضره كالاعتاق والطلاق ولو باع قبل حجر القاضى عليه جاز عند أبى يوسف رحمه الله لان السفه ليس بشئ محسوس وانما يستدل عليه بالغبون فى تصرفه وذلك محتمل لانه يجوز أن يكون للسفه ويجوز أن يكون حيلة منه لاستجلاب قلوب المجاهزين فاذا تردد لا يثبت حكمه الا بقضاء القاضى بخلاف الجنون والصغر والعته ولان الحجر بالسفه مختلف فيه بين العلماء فلا يثبت حكمه الا بالقضاء تنزيلا للحجر بسبب الدين ولان الحجر عليه نفسه متردد بين الضرر والنفع لان اهدار أهليته ضرر عليه وابقاء ملكه نظر له فلا بد من القضاء ليترجح أحد الجانبين على الآخر وعندهما لا يجوز لان علة الحجر السفه وقد تحقق فى الحال فيترتب عليه موجبه بغير قضاء كالصبا والجنون عند محمد يصير محجورا بدون القضاء لان علة الحجر السفه وهى متحققة وقال أبو يوسف يتوقف على القضاء لانه بين سفه ورشد لانه لا يكابر فى جميع الاحوال ولكن فى حال دون حال فيتوقف على انضمام القضاء اليه والفرق لمحمد بين حجر السفيه حيث لا يتوقف الى قضاء القاضى وبين حجر المديون حيث يتوقف الى قضاء القاضى هو أن حجر السفيه لمعنى فيه وهو سوء اختياره لا لحق الغير فأشبه الجنون وتعقبه بحجر بنفس الجنون ولا يتوقف على القضاء فكذا هنا فأما الحجر بسبب الدين فليس لمعنى فيه بل لحق الغرماء حتى لا يتلف حقهم بتصرفه فيتوقف على قضاء القاضى لان له ولاية عليه فيعمل حجره اه (قوله لاستجلاب قلوب المجاهزين) بالزاى اه

(قوله وعلى هذا الخلاف الخ) يعني ان عند محمد يحجر بمجرد السفه وعند أبي يوسف لا يحجر ما لم يقض القاضي اه غاية هذه القولة التي نبهنا عليها عند قوله فقد صار بذلك جدا وذلك قبل ثلاث قولات (قوله وان أعتق عبدا عتق عندهما) قال الاتقاني واغا خص صاحب الهداية قول أبي يوسف ومحمد لانه فرع على أصلهما الاعلى أصل أبي حنيفة لان عند أبي حنيفة اعتاق السفيه كاعتاق المصلح لاسعاية على العبد عنده لان الحجر على السفيه المكلف باطل عنده وانما السعاية عليه عندهما فلهذا قال نفذ عتقه عندهما وكان على العبد أن يسعى في قيمته ووجوب السعاية عليه عندهما ظاهر الرواية عنهما كذا ذكره الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي ثم قال ذكر الطحاوي عن محمد الرجوع عن ذلك وقال ان العبد يعتق من غير سعاية ثم قال وهذا غير ظاهر اه اتقاني (قوله يسعى في قيمته عند محمد وهو قول أبي يوسف الاول) وفي قول أبي يوسف الاخير وهو رواية عن محمد لا سعاية موافق لما مشى عليه في المبسوط كما نبه عليه الكاكي اه (قوله لا تجب عليه السعاية مادام المولى حيا) أي لانه لا يمكن ايجاب السعاية على عبده لعدم الفائدة لانه لو سعى له سعى له من كسبه وكسبه له اه اتقاني (قوله فعليه السعاية في قيمته مدبرا) أي لورثته لانه صار معتقا اياه وهو مدبر بالكلام السابق وكذلك ان أعتقه بعد التدبير اه اتقاني (قوله وكان الولد حرا) أي في مهر غير سعاية اه غاية (قوله وبطل الفضل) وهذا على مذهبهما لان عند أبي حنيفة تصرف السفيه المحجور عليه كتصرف المصلح فلا يبطل الفضل اه اتقاني

والجامع أن الحجر لمعنى في نفسه والقضاء يكون عند الخصومة ولا خصومة لاحد هنا بخلاف الحجر بسبب الدين لانه حق الغير حتى لا يتوى مال الغرماء وهم لا ولاية لهم عليه حتى يعفوه وللقاضي عليه ولاية فيتوقف على قضائه لتوقفه على طلبهم ألا ترى أنهم لو لم يطلبوا ذلك أو أبرؤه أو أوفاهم حقهم لا يحجر عليه وعلى هذا الخلاف اذا بلغ رشيدا ثم صار سفيها وان أعتق عبدا عتق عندهما وقال الشافعي رحمه الله لا يعتق وهذا بناء على الاختلاف في كيفية حجره وعندهما هو كالهازل فان الهازل يخرج كلامه على غير نهج العقلاء لقصد اللعب دون ما وضع الكلام له لا لنقصان في عقله فكذا السفيه يخرج كلامه في التصرفات على غير نهج كلام العقلاء لاتباع الهوى ومكابرة العقل لا لنقصان في عقله فكل كلام لا يؤثر فيه الهزل لا يؤثر فيه السفه وكل تصرف يؤثر فيه الهزل وهو ما يحتمل الفسخ يؤثر فيه السفه والعتق لا يؤثر فيه الهزل فينفذ من السفيه وعند الشافعي الحجر بسبب السفه بمنزلة الحجر بالرق حتى لا ينفذ بعد الحجر شيء من تصرفاته سوى الطلاق كالعبد واذا نفذ عندهما فعلى العبد أن يسعى في قيمته عند محمد وهو قول أبي يوسف رحمه الله الاول لان الحجر على السفيه كالحجر على المريض فانه لاجل النظر لغرمائه وورثته ثم هناك اذا أعتق عبدا وجب عليه السعاية لغرمائه أو لورثته في ثاني قيمته ان لم يكن عليه دين ولا مال له غيره لان الرد واجب لمعنى النظر وتعذر رد عينه فيجب نقضه معنى بايجاب السعاية فكذا هنا وفي قول أبي يوسف الاخير وهو رواية عن محمد رحمه الله ليس عليه سعاية لانه لو سعى يسعى لمعتقه والمعتق لا تلزمه السعاية حق معتقه بحال وانما تلزمه السعاية لاجل غيره ولو دبر عبده جاز تدبيره لان التدبير يوجب حق العتق للمدبر فيعتبر بحقيقة العتق الا أنه في التدبير لا تجب عليه السعاية مادام المولى حيا لانه بسد صحة التدبير مال مملوك للمولى فيستخدمه ولا يمكن ايجاب نقصان التدبير عليه لانه باق على ملكه والمولى لا يستوجب على عبد دينا فتعذر ايجاب النقصان عليه ألا ترى أنه لو دبر عبده بمال وقبل العبد صح التدبير ولم يجب عليه المال فان مات المولى ولم يؤد منه الرشد سعى في قيمته مدبرا لانه بموت المولى عتق ولانه أعتقه في حياته فعليه السعاية في قيمته مدبرا لان العتق لاقاه مدبرا كما لو أعتقه بعد التدبير وان جاءت جاريته بولد فادعاه ثبت نسبه منه وكان الولد حرا والامة أم ولده لان في الحاقه بالمصلح في حق الاستيلاد دفع الضرر لاحتياجه الى ذلك لابقاء نسله وصيانة مائه ويلتحق في هذا الحكم بالمريض المديون اذا ادعى نسب ولد أمته كان هو في ذلك كالصحيح حتى انه تعتق من جميع ماله بموته ولا تسعى هي ولا ولدها في شيء لان حاجته مقدمة على حق الغرماء بخلاف ما لو أعتقها من غير أن يدعي الولد ولو لم يكن معها ولد فقال هذه أم ولدي كانت بمنزلة أم الولد لا يقدر على بيعها فان مات سعت في كل قيمتها بمنزلة المريض اذا قال لامته وليس معها ولد هذه أم ولدي وهذا لانه اذا كان معها ولد فثبوت نسب الولد بمنزلة الشاهد لها في ابطال حق الغير وكذا في رفع حكم الحجر في تصرفه بخلاف ما اذا لم يكن معها ولد لانه لا شاهد لها فاقراره لها بحق العتق بمنزلة الاقرار لها بحقيقة العتق ولا يقدر على بيعها بعد ذلك وتسعى في قيمتها بعد موته كما لو أعتقها في حال حياته وان تزوج امرأة جاز نكاحه لانه لا يؤثر فيه الهزل فلا يؤثر فيه السفه فان سمى لها مهرا جاز منه مقدار مهر مثلها وبطل الفضل لان التزوج من حوائجه الاصلية ومن ضرورة صحة النكاح وجوب المهر فيلزم منه قدر مهر المثل لانه من ضرورات صحته وما زاد عليه يلزمه بالتسمية وهو ليس من أهل التزام المال وان طلقها قبل الدخول وجب لها نصف المسمى لان التسمية صحيحة في مقدار

(قوله أو تزوج كل يوم واحدة فطلقها) قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي وبهذا يبطل مذهبهما فانه يتسفه في هذا ويتصور السفه عادة من هذا الوجه ومع ذلك لا يحجر ان عليه ثم قال لكنهما يقولان السفه ليس معتادا بهذا الطريق لان السفه المعتاد ما يحصل به نوع غرض صحيحا كان أو فاسدا وليس في الطلاق قبل الدخول على وجه لا يحصل اليه لذة أو راحة غرض وبعد الدخول ان تحقق غرض لكنه محصور لا يتصور له المجاوزة عن حده والسفه مجاوزة عن الحد في كل باب أو يقال بانه لا يمكن رده بهذا السفه لان طريق رده أن يلحقه بالهازل واللاعب والهازل واللاعب في هذا سواء اه اتقاني (قوله الا أن القاضي الخ) قال الاتقاني الا أنه لا يدفع الزكاة الى السفيه حتى يؤدي بنفسه لانه ربما يفسد ذلك ولا يصرفه الى الفقراء ولكن يدفعه الى أمينه ثم يأمره المحجور بأن يصرفه الى الفقراء لان الزكاة لا تتأدى من غير نية اه (قوله ويبعث القاضي) الذي يخط الشارح ويدفع القاضي اه (قوله ويسلم القاضي النفقة) أي نفقة ولد السفيه وزوجته ومن يجب عليه نفقته اه (قوله ويكفر عينه وغيرها بالصوم) يصوم عن كل يوم ثلاثة أيام متتابعات اه غاية وكتب ما نصه قال الاتقاني رحمه الله ثم عندهما وظاهر هذا المفسد من امرأته أجزأه الصوم لانه بمنزلة الغائب عن ماله ولو أعتق عبده عن ظهاره سعى الغلام في جميع قيمته لان اعتاقه من حيث انه اتلاف ماله واجب النقض ثم لا يجزيه عن ظهاره لانه يكون اعتاقا بعوض وكذلك عليه كفارة القتل بالصوم لما قلنا ألا ترى أن المريض المصلح لو أعتق عبده (١٩٧) عن ظهار أو قتل ولا مال له غيره ثم مات في مرضه سعى الغلام في ثلثي قيمته ولم يجزه عن الكفارة للسعاية التي وجبت كذا هذا فان صام المفسد أحد الشهرين ثم صار مصلحا لم يجزه الا العتق بمنزلة المعسر أيسر لانه لا يمنع عنه ماله حينئذ فصار قادرا على الاعتاق بلا سعاية قبل حصول المقصود بما جعل خلفا في الكفارة فبطل حكم الخلف كذا في شرح الكافي اه (قوله بل يسلمها الى ثقة) وهذا كما قال في زكاة المال انه يجب على السفيه الا أن الحاكم لا يعطيه الزكاة حتى يؤدي بنفسه كي لا يفسد ذلك فيقول ضاع مني فيطلب آخر ثم ثم حتى يأتي على ماله ولكن يدفع الى أمينه حتى يعطي الفقراء بأمره فكذلك هذا اه اتقاني ﴿فرع﴾ قال الاتقاني ثم لا يصدق السفيه في اقراره بالنسب اذا كان رجلا الا في أربعة أشياء في الوالد والولد والزوجة ومولى العتاقة لان السفيه والمصلح في حق اثبات النسب سواء والمصلح انما يصدق في اقراره بالنسب في الاربعة التي ذكرنا لانه يقر على نفسه فاما فيما عدا ذلك فلا يصدق لانه تحميل النسب على الغير فكذا هذا وان كانت المفسدة امرأة فانها تصدق في ثلاثة أشياء بالوالد والزوج ومولى العتاقة ولا تصدق في الولد لانه تحميل النسب على غيرها في الولد وهي والمصلحة في ذلك سواء ثم اذا صدق في اقراره في حق هؤلاء ان ثبت عسرهؤلاء بالبينة فانه يجب النفقة في ماله وان لم يثبت عسرهم بالبينة ولكن السفيه أقر بعسرهم فانه لا تجب النفقة وذلك لان نفقة الاقارب انما تستحق بالقرابة والعسر فيضاف الاستحقاق الى آخرهما ثبوتا وسببا كان العسر ثابتا وآخرهما ثبوتا النسب فيكون مقرا بالنسب لا بالمال على نفسه واقراره بالنسب جائز فاذا أقر بالعسر بعد النسب يكون وجوب النفقة مضافا الى العسر واذا كان مضافا اليه فقد جعل مقرا بايجاب مال على نفسه لا بالنسب فلا يصدق وكذلك ان أقر الزوج أنه نفقة مامضى لم يصدق الا ببينة لان نفقة المرأة لا تصير دينا فيما مضى الا بقضاء أو رضا ولم يعرف ذلك الا بقوله فيصير مقرا بايجاب دين على نفسه فلا يصدق الا أن تقوم على ذلك بينة لان الثابت بالبينة العادلة كالثابت معاينة كذا ذكر شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه اه

مهر المثل وكذا لو تزوج أربع نسوة أو تزوج كل يوم واحدة فطلقها وتخرج الزكاة من مال السفيه وينفق عليه وعلى ولده وزوجته ومن تجب عليه نفقته من ذوي أرحامه من ماله لان احياء ولده وزوجته من حوائجه الاصلية والانفاق على ذي الرحم المحرم واجب عليه حتى القرابة والسفه لا يبطل حقوق الناس ولا حقوق الله تعالى الا أن القاضي يدفع اليه قدر الزكاة ليفرقها بنفسه على الفقراء لان الواجب عليه الايتاء وهو عبارة عن فعل يفعله هو عبادة ولا يحصل ذلك الا بنيته ويدفع القاضي معه أمينا كي لا يصرفها الى غير المصرف ويسلم القاضي النفقة الى أمينه ليصرفها الى مستحقها لانه لا يحتاج فيها الى النية فاكتفى فيها بفعل الامين ولو حلف وحنث أو نذر أن هدى أو صدقة أو ظاهر من امرأته لا يلزمه المال ويكفر عينه وغيرها بالصوم لانه مما يجب بفعله ولو فتح له هذا الباب لبذر أمواله بهذا الطريق بخلاف ما يجب ابتداء بغير فعله وان أراد حجة الاسلام لم يمنع منها لانها واجبة بايجاب الله تعالى ابتداء وليس له فيها صنع وفي الفرائض هو ملحق بالمصلح لانه مهمة فيه ولا يسلم القاضي النفقة اليه بل يسلمها الى ثقة من الحاج ينفقها عليه في الطريق بالمعروف كي لا يبذر ولا يسرف ولو أراد عمرة واحدة لم يمنع منها استحسانا والقياس أن يمنع لانها تطوع فصارت كالحج تطوعا وجه الاستحسان أنها واجبة عند بعض العلماء فيمكن منها احتياطا بخلاف ما زاد على حجة واحدة ولا يمنع من القران لانه اذا لم يمنع من انشاء السفر لكل واحد منهما على الانفراد فلان لا يمنع من الجمع بينهما في سفر واحد والمؤنة تقل فيه أولى وأحرى ولا يمنع من أن يسوق بدنة تحرزا عن موضع الخلاف فان ابن عمر رضي الله عنهما لا يجوز الا البدنة وان جنى في احرامه

(قوله قال محمد المحجور بمنزلة الصبي الخ) قال الاتقاني وقد اشتغل محمد رحمه الله في كتاب الحجر الى آخر الكتاب بالتفريع على مذهبه فقال هو بمنزلة الصبي الذي لم يبلغ اذا باع أو اشترى فأجازه الحاكم يجوز والا فلا لان تصرفاته ليست بباطلة بل هي موقوفة لاحتمال وقوعها مصلحة فاذا رأى القاضي وقوعها مصلحة يجيزها والا يردها بمنزلة الصبي الذي يعقل الا انه يفارقه في خصال أربعة لا يجوز لوصيه ولا لابيه أن يبيع عليه ماله ولا يشتري له الا بأمر الحاكم وفي الذي لم يبلغ يملك ذلك وصيه وأبوه وهذا عندنا وقال الشافعي يملك عليه وليه التصرف لان الولاية للقريب فان لم يكن فللقاضي فنقول ان الولاية تثبت على العاجز وهذا قادر ولكن مع قدرته يمنع من التصرف تأديبا وتشفيفا وولاية التأديب تكون للقضاة والخصلة الثانية اذا أعتق عبدا جاز اعتاقه ويسعى في قيمته وكذا لو دبره يصح تدبيره ولو مات عنه يسعى في قيمته مدبرا واعتاق الذي لم يبلغ (١٩٨) لا يصح أصلا لعدم أهليته والخصلة الثالثة أن وصايا الغلام الذي قد بلغ مفسدا من التدبير وغيره باطلة قياسا ولكن نستحسن أن ما وافق الحق منها وما تقرب به الى الله تعالى وما يكون في غير وجه الفسق جائز كما تجوز وصية غيره وما يكون سفها لا يجوز وأما وصايا الذي لم يبلغ لا تجوز أصلا لان فساد ذلك لعدم الاهلية وفساد هذا السفه فما وافق الحق لا يوصف بالسفه فينفذ وما خالفه يرد والخصلة الرابعة اذا جاءت جارية بولد فادعاه يثبت نسبه وكانت الجارية أم ولده فان مات كانت حرة لا سبيل عليها بخلاف الذي لم يبلغ لانه ليس من أهل الايلاد كذا ذكر شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي فأما شيخ الاسلام خواهرزاده ذكر في مبسوطه من جملة الخصال الاربعة النكاح والطلاق فقال يجوز نكاح السفيه ولا يجوز نكاح الصبي العاقل ويجوز طلاق السفيه ولا يجوز طلاق الصبي العاقل ولم يذكر الوصايا وادعاء الولد فعلى هذا تكون الخصال التي افترق فيها صيانة السفيه والصبي ستة اه (قوله ومن الصبي لا تجوز) قال قارئ الهداية ومن خطه نقلت فيه نظر على ما ذكر في المبسوط لكن ما ذكره الشارح موافق لما ذكر في كتب الاصول من عدم صحة وصيته عندنا خلافا للشافعي رحمه الله اه ما نقلته من خط قارئ الهداية وقال في معراج الدراية ثم اعلم أن عندنا كما تصح وصايا المحجور بالسفه تجوز وصايا الصبي اذا عقل ما يصنع فهما سواء في التصرفات الا في أربعة مواضع منها أنه يجوز للاب ولوصيه أن يتصرف في مال الصبي بالبيع والشراء ولا يجوز في حق السفيه البالغ وثانيها أنه يجوز نكاح السفيه ولا يجوز نكاح الصبي العاقل بلا اذن وثالثها أن طلاق السفيه وعتاقه يصح وفي الصبي العاقل لا يصح ورابعها يصح للسفيه تدبير عبده وللصبي العاقل لا يصح الكل من المبسوط والمغني اه

ينظر ان كان جناية يجزى فيها الصوم كقتل الصيد والحلق عن أذى ونحو ذلك لا يمكن من التكفير بالمال بل يكفر بالصوم وان كان جناية لا يجزى فيها الصوم كالحلق من غير ضرورة والتطيب وترك الواجبات فانه يلزمه الدم ولكن لا يمكن من التكفير في الحال بل يؤخر الى أن يصير مصلحا بمنزلة الفقير الذي لا يجد مالا أو العبد المأذون له في الاحرام وكذا لو جامع امرأته بعد الوقوف بعرفة يلزمه بدنة ثم يتأخر الى أن يصير مصلحا وان أوصى بوصايا في القرب وأبواب الخير جاز ذلك من ثلث ماله ان كان له وارث وهذا استحسان والقياس أن لا تجوز وصيته كما في تبرعاته حال حياته ووجه الاستحسان أن الحجر عليه لمعنى النظر له كي لا يتلف ماله ويبقى كلا على غيره وذلك في حياته فيما يتلف جميع ماله لا فيما ينفذ من الثلث بعد وفاته حال استغنائه عن ماله وفيها ما فيها من الثواب الجزيل والذكر بعد وفاته بالجميل هذا اذا كانت الوصية منه موافقة لوصايا أهل الخير والصلاح نحو الوصية بالحج أو للمساكين أو بشيء من أنواع البر التي يتقرب بها الى الله تعالى ويستحسنه المسلمون كالوصية ببناء المساجد والاوقاف والقناطر والجسور وأما اذا أوصى بوصايا يستقبحها المسلمون فلا ينفذ قال محمد رحمه الله المحجور بمنزلة الصبي الا في أربعة أحدها أن تصرف الوصي في مال الصبي جائز وفي مال المحجور عليه باطل والثاني أن اعتاق المحجور وتدبيره وطلاقه ونكاحه جائز ومن الصبي باطل والثالث المحجور عليه اذا أوصى بوصية جازت وصيته من ثلث ماله ومن الصبي لا تجوز والرابع جارية المحجور عليه اذا جاءت بولد فادعاه ثبت نسبه منه ومن الصبي لا يثبت قال رحمه الله (وفسق) أي لا يحجر عليه بسبب فسق وهو معطوف على قوله لا بسفه وقال الشافعي رحمه الله يحجر عليه بسبب الفسق زجرا له وعقوبة عليه كالسفيه عنده فانه يحجر عليه زجرا له وعقوبة على اسرافه والفاسق أولى بذلك ولهذا لم يجعل أهلا للولاية والشهادة وعندهما حجر السفيه للنظر له صيانة لماله والفاسق مصلح لماله فيدخل تحت قوله تعالى فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم لان رشدا نكرة في سياق الشرط فتعم فتناوله الآية لان الرشد المذكور في الآية الاصلاح في المال دون الاصلاح في الدين والاعتقاد ألا ترى أن الكافر لا يحجر عليه وأي فسق يكون أعظم منه ولو كان الفسق موجبا للحجر لحجر النبي صلى الله عليه وسلم والخلفاء بعده على الكافر اذ هو أعظم وجوه الفسق ولا يخفى على أحد فساد هذا القول قال رحمه الله (وغفلة) أي لا يحجر على الغافل بسبب غفلة وهو ليس بمفسد ولا يقصده لكنه لا يهتدي الى التصرفات الرابحة فيغبن في البياعات لسلامة قلبه وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله يحجر عليه كالسفيه

صيانة لماله ونظرا له ألا ترى أن أهل منقذ طلبوا من النبي صلى الله عليه وسلم أن يحجر عليه فأقرهم على ذلك ولم ينكر عليهم ولو لم يكن الحجر مشروعا لأنكر عليهم قلنا الحديث دليل لنا لأنه عليه الصلاة والسلام لم يجبهم الى ذلك وانما قال له قل لا خلابة الحديث ولو كان الحجر مشروعا لأجابهم اليه وقولهم لم ينكر عليهم قلنا النفي لا يحاط بالعلم ولعله أنكر عليهم الا أنه لم ينقل الينا وعدم النقل لا يدل على عدم الوقوع فكم من واقعات لم تنقل الينا بل الظاهر أنه أنكر عليهم وما نقل الينا من عدم اجابته ومخالفته لهم بالفعل دليل عليه قال رحمه الله (ودين وان طلب غرماؤه) أي لا يحجر عليه بسبب دين ولو طلب غرماؤه الحجر عليه وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله لان في الحجر اهدار أهليته وإلحاقه بالبهائم وذلك ضرر عظيم فلا يجوز الحاقه به لدفع ضرر خاص ولا يتصرف الحاكم في ماله لانه حجر عليه ولان البيع لا يجوز الا بالتراضي بالنص فيكون باطلا قال رحمه الله (وحبس لبيع ماله في دينه) لان قضاء الدين واجب عليه والمماطلة ظلم فيحبسه الحاكم دفعا لظلمه وايصالا للحق الى مستحقه ولا يكون ذلك اكراها على البيع لان المقصود من الحبس الحمل على قضاء الدين بأي طريق كان ان شاء بيع ماله وان شاء بسبب آخر فلا يكون ذلك اكراها على البيع عيناوقالا اذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه حجر عليه القاضي وباع ماله ان امتنع من بيعه وقسم ثمنه بين غرمائه بالحصص ومنعه من تصرف يضر بالغرماء كالاقرار وبيعه بأقل من قيمته لما روى أن معاذا ركبه دين فباع رسول الله صلى الله عليه وسلم ماله وقسم ثمنه بين غرمائه بالحصص ولان في الحجر عليه نظرا للغرماء كي لا يلحق بهم الضرر بالاقرار والتلجئة وهو أن يبيعه من انسان عظيم لا يمكن الانتزاع منه أو بالاقرار له ثم ينتفع به من جهته على ما كان ولان البيع واجب عليه لا يفاء دينه حتى يحبس عليه فاذا امتنع نائب القاضي منابه كما في الجب والعنة والاباء عن الاسلام قلنا التلجئة صورة والواجب عليه قضاء الدين والبيع ليس بطريق معين لذلك بخلاف الجب والعنة والاباء لان الواجب عليه الامساك بالمعروف أو التسريح بالاحسان فاذا امتنع الامساك بالمعروف تعين الآخر والبيع غير متعين لقضاء الدين فلا ينوب القاضي فيه منابه كالمديون اذا كان معسرا فان القاضي لا يؤجره ليقضي من أجرته الدين أو كانت امرأة لا يزوجها ليقضي دينها من مهرها والحبس ليقضي الدين من أي طريق شاء من استقراض واتهاب وسؤال صدقة وبيع ماله بنفسه لا ببيع فقط ولان بيع ماله لو جاز للقاضي لما جازله حبسه لان فيه اضرارا بهما بتعذيب المدين وتأخير حق الطالب بلا فائدة فيكون ظالما وبيع النبي صلى الله عليه وسلم مال معاذ كان باذنه استحسانا بالنص والدليل عليه أن بيع ماله لا يجوز حتى يأمره ويأبى ولا يظن بمعاذ أنه خالف أمر النبي صلى الله عليه وسلم حاشاه ولان من شرط جواز البيع التراضي لقوله تعالى لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم ولم يوجد الرضا فكان فعلكم باطلا وقال عليه الصلاة والسلام لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيب نفس منه ونفسه لا تطيب بفعل القاضي بغير رضاه فصار كالاجارة والتزوج على ما ذكرنا قال رحمه الله (ولو ماله ودينه دراهم قضى بلا أمره) وكذا اذا كان كلاهما دنانير لان للدائن أن يأخذه بيده اذا ظفر بجنس حقه بغير رضا المدين فكان للقاضي أن يعينه قال رحمه الله (ولو دينه دراهم وله دنانير أو بالعكس بيع في دينه) وعندهما بالاجماع أما عندهما فظاهر وأما عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى فاستحسان والقياس أن لا يجوز للقاضي بيعه لما ذكرنا أن هذا الطريق غير متعين لقضاء الدين فصار كالعروض وجه الاستحسان أنهما متحدان جنسا في الثمنية والمالية ولهذا يضم أحدهما الى الآخر في الزكاة مختلفان في الصورة حقيقة وحكما أما حقيقة فظاهر وأما حكما فلانه لا يجري بينهما ربا الفضل لاختلافهما فالنظر الى الاتحاد يثبت للقاضي ولاية التصرف وبالنظر الى الاختلاف يسلب عن الدائن ولاية الاخذ عملا بالشبهين بخلاف العروض لان الاغراض تتعلق بصورها وأعيانها وليس للقاضي

(قوله لان قضاء الدين واجب عليه) وان كان له عقار حبس لبيعه وان كان لا يشتري الا بثمن قليل اه قنية (قوله وقالا اذا طلب غرماء المفلس الخ) ولا يعمل الحجر فيما يحدث من المال بخلاف الحجر بسبب السفه حيث يعم الموجود والحادث اه فتاوى قرتاش في القضاء (قوله وهو أن يبيعه) أي بيع تلجئة اه اتقاني قال المطرزي التلجئة أن يلجئ أي يضطر لئلا يكره على أمر الى ان تأتي أمرا باطنه خلاف ظاهره اه اتقاني

الحاق الضرر ببعضهم بمنع غرضه في ملكه وأما النقود فوسائل لان المقصود فيها المالية دون العين فافترقا قال رحمه الله (ولم يبع عرضه وعقاره) أي لا يبيع القاضي عرض المديون وعقاره وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يبيع وقد بيناه ثم عندهما يبدأ القاضي ببيع النقود لانها معدة للتقلب ولا ينتفع بعينها فيكون بيعها أهون على المديون فان فضل شئ من الدين باع العروض لانها قد تعد للتقلب والاسترباح فلا يلحقه كبير ضرر في بيعها فان لم يف ثمنها بالدين باع العقار لان العقار يعد للاقتناء فيلحقه ضرر ببيعه فلا يبيعه الا عند الضرورة وهذا نظير صرف الدين الى أموال الزكاة فانه يصرف أولا الى النقدين ثم الى العروض ثم الى الاهون فالاهون قضاء وهذا الذي ذكره هو احدى الروايتين عنهما وقال بعضهم يبدأ القاضي ببيع ما يخشى عليه التوى من عروضه ثم ما لا يخشى عليه التلف منه ثم ببيع العقار فالحاصل أن القاضي نصب ناظرا فينبغي له أن ينظر الى المديون كما ينظر الى الدائن فيبيع ما كان أنظر اليه ويبيع ما يخشى عليه التلف أنظر له ويترك عليه دست من ثيابه بدنه ويباع الباقي لان به كفاية وقيل يترك له دستان لانه اذا غسل ثيابه لا بد له من ملبس وقالوا اذا كان للمديون ثياب يلبسها ويكثي بدون ذلك فانه يبيع ثيابه ويقضي الدين ببعض ثمنها ويشتري بباقي ثوبا يلبسه لان قضاء الدين فرض عليه فكان أولى من التجمل وعلى هذا اذا كان له مسكن ويمكنه أن يجتزئ بما دون ذلك يبيع ذلك المسكن ويقضي ببعض ثمنه الدين ويشتري بالباقي مسكنا يكفيه وعن هذا قال مشايخنا رحمهم الله يبيع ما لا يحتاج اليه في الحال حتى يبيع البذ في الصيف والقطع في الشتاء وان أقر في حالة الحجر بمال لزمه ذلك بعد قضاء الديون لانه تعلق بهذا المال حق الاولين فلا يتمكن من ابطال حقهم بالاقرار به لغيرهم بخلاف ما اذا استهلك مال الغير هم حيث يزاحمهم صاحب المال المستهلك لانه فعل حسي والحجر لا يصح في الافعال الحسية وهو مشاهد فيشاركهم لانتفاء التهمة بخلاف الاقرار لان اعتباره شرعي فأمكن الحجر فيه ولانه غير مشاهد فيحتمل أن يكون كاذبا فيرد اقراره التهمة حتى لو كان سبب وجوب الدين ثابتا عند القاضي بعلمه أو بشهادة الشهود شارك الغرماء ولو استفاد مالا آخر بعد الحجر نفذ اقراره فيه لان الحجر ثبت لصيانة محل قضاء حق الغرماء وحقهم تعلق بالمال القائم في يده وقت الحجر لا بالمستفاد بعده وينفق على المديون المحجور وعلى زوجته وأولاده الصغار وذوي أرحامه من ماله لان حاجته الاصلية مقدمة على حق الغرماء قال رحمه الله (وإفلاس) أي لا يحجر عليه بسبب الافلاس بل يحبس حتى يظهر للقاضي أنه لا مال له فاذا ظهر له ذلك أخرجه من الحبس وقد ذكرنا الحبس وما يحبس فيه من الديون وكيفية الحبس وقدره وبدين من يحبس في كتاب القضاء ثم اذا أخرجه من الحبس لا يحول بينه وبين غرمائه بعد الاخراج بل يلازمونه عند أبي حنيفة رحمه الله لقوله عليه الصلاة والسلام لصاحب الحق اليد واللسان أراد باليد الملازمة وباللسان التقاضي ويأخذون فضل كسبه ويقسم بينهم بالحصص لاستواء حقوقهم في القوة ولو قدم البعض على البعض في القضاء جاز لانه تصرف في خالص ملكه ولم يتعلق لاحد حق في ماله وانما حقه في ذمته فله أن يؤثر من شاء من غرمائه ذكره في النهاية وعزاه الى الذخيرة وذلك الى فتاوى النسفي ولا يمنعونه من التصرف والسفر حالة الملازمة ولا يجلسونه في مكان لانه حبس بل يدور هو حيث شاء ويدورون معه لانه بذلك يتمكن من التحصيل لقضاء الدين والحبس غير مستحق عليه بعد اخراجه منه ولو دخل داره لحاجته قال في الهداية لا يتبعه بل يجلس على باب داره الى أن يخرج لان الانسان لا بد أن يكون له موضع خلوة وقال في الزيادات اذا لم يأذن له في الدخول يحبسه على باب الدار ويمنعه من الدخول كي لا يختفي أو يهرب من جانب آخر فيفوت ما هو المقصود من الملازمة وقال في النهاية ليس لصاحب الحق أن يمنع المديون أن يدخل في بيته لغائط أو غداء الا اذا أعطاه الغداء أو أعد له موضعا آخر لاجل الغائط فحينئذ له أن يمنعه من ذلك حتى لا يهرب وفيه اذا كان على المديون سوق الماء ونحوه ليس لصاحب الحق أن يمنعه من ذلك ولكن له أن يلزمه أو يلزمه نائبه أو أجيره أو غلامه الا اذا

(قوله ويترك عليه دست) أي بدلة اه والدست لفظ فارسي استعمله فقهاء بخارى وسمرقند في كتبهم اه اتقاني (قوله وقيل يترك له دستان) نقل الاتقاني عن الفتاوى الصغرى المختار أن يبقى له دستين من الثياب ثم قال وقال الصدر الشهيد في شرح أدب القاضي وقال بعضهم يترك دستا من الثياب ويبيع الباقي وهو مختار شمس الائمة الحلواني وقال بعضهم يترك دستين وهو اختيار شمس الائمة السرخسي اه (قوله لزمه ذلك بعد قضاء الديون) قال في شرح الاقطع وهذا على قولهما اه اتقاني (قوله بخلاف ما اذا استهلك) أي المحجور الدين اه (قوله بل يحبس حتى يظهر للقاضي الخ) واذا قامت البينة على افلاس المحبوس لا يشترط لسماعها حضرة رب الدين لكنه اذا كان حاضرا أو وكيله فالقاضي يطلقه بحضرتهما وان لم يكن حاضرا يطلقه بكفيل اه قنيه (قوله بل يلازمونه الخ) ومن عليه دين مؤجل لا يمنع من السفر وان قرب حلوله اه مشكل (قوله ولكن له أن يلزمه الخ) قال في الواقعات رجل قضي عليه بحق لانسان فأمر غلامه أن يلازم الغريم فقال الغريم لا أجلس معه بل أجلس مع المدعي فله ذلك لانه ربما لا يرضى بالجلوس مع العبد فيكون عليه في ذلك زيادة ضرر اه اتقاني

كفاه نفقته ونفقة عياله وأعطاه فحينئذ كان له أن يمنعه عن ذلك لانه لا ضرر على الملزوم في هذه الصورة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا فلسه الحاكم حال بينه وبين غرمائه الا أن يقيموا البينة أن له مالا لقوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة وقد ثبتت عسرته فوجب انظاره قلنا دينه ثابت في ذمته وذلك يجوز متابعته والآية توجب الانظار الى الميسرة ونحن نقول به لانه لا يطالبه بشئ من حقه حتى يثبت أنه قد حصل له مال وانما يلازمه ليأخذ ما يحصل له من المال لان المال غاد ورائح فيمكن أن يحصل له في كل ساعة وفي كل لحظة والملازمة لا تنافي النظرة الى الميسرة ولان وقوف الشهود على عدم المال لا يتحقق حقيقة اذ العدم لا يحاط بالعلم وانما يثبت بالاستدلال على ظاهر حاله فيمكن أن يكون له مال قد أخفاه عن الغرماء لان كثيرا من الناس يتزيون بزي الفقراء وهم أغنياء فيلازمونه لاحتمال أن يظهر لهم ماله وقوله الا أن يقيموا البينة أن له مالا اشارة على أن بينة اليسار تترجح على بينة الاعسار لانها أكثر اثباتا لانها تشهد بالوجود والاخرى بالنفي فالبينة المثبتة أولى من النافية وكان ينبغي أن لا تقبل النافية أصلا لما ذكرنا لكن قبلت استحسانا بعد الحبس لا قبله لانها توجب بالانضمام الى الحبس طمأنينة القلب فتقبل فيه احتياطا وان قالوا انه كثير العيال ضيق الحال كان شهادة بالاثبات فتقبل بلا شبهة وفي النهاية قال محمد رحمه الله للمدعي أن يحبسه في مسجد حيه وان شاء في بيته لانه ربما يطوف به في الاسواق والسكك من غير حاجة وفي ذلك ضرر للمدعي وفي رواية أخرى عنه لصاحب الحق أن يلزم مديونه المعسر حيث أحب من المصر وان كان الملزوم لا معيشة له الا من كد يده لم يكن له أن يمنعه من الذهاب ومن أن يسعى في مقدار قوته يوما فيوما فاذا اكتسب ذلك في يومه فله أن يمنعه عن الذهاب في ذلك ويحبسه قال هشام رحمه الله سألت محمدا رحمه الله عن رجل أخرج من الحبس على تفليس فرأى محمد الملازمة مع التفليس وأشار الى المعنى فقال لعل عنده شيأ لا علم لنا به فقال هشام قلت له فان كانت الملازمة تضر بعياله وهو ممن يكتسب في سقي الماء في طوفه قال آمر صاحب الحق أن يوكل غلاما له يكون معه ولا أمنعه عن طلب قدر قوت يومه ولعياله وكذلك ان كان يعمل في سوقه قال صاحب الهداية ولو اختار المطلوب الحبس والطالب الملازمة فالخيار الى الطالب لانه أبلغ في حصول المقصود لاختياره الاضيق والاشق عليه الا اذا علم القاضي أن يدخل عليه بالملازمة ضرر بين بأن لا يمكنه من دخول داره وحده فحينئذ يحبسه دفعا للضرر عنه وهذا الذي ذكره يستقيم قبل الحبس وبعده لا يستقيم لانه لا يحبسه مرة أخرى بعد ما أخرجه من الحبس وكان الكلام فيه ولو كان الدين لرجل على امرأة لا يلازمها لما فيها من الخلوة بالاجنبية لكن يبعث امرأة أمينة تلازمها قال رحمه الله (وان أفلس مبتاع عين فبائعه أسوة الغرماء) أي لو اشترى متاعا فأفلس والمتاع قائم في يده فالذي باعه المتاع أسوة الغرماء فيه مراده بعد قبض المشتري المتاع باذن البائع وان كان قبل القبض فللبائع أن يحبس المتاع حتى يقبض الثمن وكذا اذا قبضه المشتري بغير اذنه كان له أن يسترده ويحبسه بالثمن وقال الشافعي رحمه الله للبائع الفسخ وأخذ متاعه قبل القبض وبعده لحديث سمرة أنه عليه الصلاة والسلام قال من وجد متاعه عند مفلس بعينه فهو أحق به رواه أحمد وعن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من أدرك ماله بعينه عند رجل قد أفلس أو انسان قد أفلس فهو أحق به من غيره رواه مسلم والبخاري وجماعة أخر ولان المشتري عجز عن تسليم أحد بدلي العقد وهو الثمن فيثبت للبائع حق الفسخ كما لو عجز عن تسليم المبيع بالاباق ونحوه والجامع بينهما أنه عقد معاوضة فيقتضي المساواة وكالسلم فانه اذا انقطع المسلم فيه يثبت لرب السلم خيار الفسخ وكون الثمن معقودا به لا معقودا عليه لا تأثير له في منع الفسخ ألا ترى أن المكاتب اذا عجز عن بدل الكتابة يتمكن المولى من فسخ الكتابة وبدل الكتابة معقود به كالثمن ولنا قوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة فاستحق النظرة الى الميسرة بالآية فليس له أن يطالبه قبلها ولا فسخ بدون المطالبة بالثمن وهذا لان الدين صار مؤجلا الى الميسرة

(قوله لا معيشة له الا من كد يده) قال ابن الاثير الكد الاتعاب يقال كد يكد في عمله كدا اذا استعجل وتعب اه

بتأجيل الشارع وبالعجز عن الدين المؤجل من المتعاقدين لا يجب له خيار الفسخ قبل مضي الاجل فكيف ثبت له ذلك في تأجيل الشارع وهو أقوى من تأجيلهما ولان العقد يوجب ملك الثمن للبائع في ذمة المشتري وهو الدين وذلك وصف في الذمة ولا يتصور فيه العجز ولا يتغير عليه موجب عقده أبدا لان بقاء ذلك ببقاء محله وهو الذمة فصار كما اذا كان مليا وهو اذا عجز انما يعجز عن الايفاء والايفاء يقع بعين بدلا عن الواجب بالعقد في الذمة فيكون عجزا عن غير ما وقع عليه العقد فلا يوجب فسخا وانما قلنا ذلك لان ما وقع عليه العقد لا يتصور قبضه لانه وصف في الذمة والمقبوض عين ألا ترى أنه يجوز إسقاطه بالابراء أو بالاستبدال والاعيان لا يجوز اسقاطها ولا استبدالها قبل القبض كما في المبيع عينا ودينا لان المسلم فيه مبيع فجعل المقبوض عين ما كان في الذمة حكما للضرورة لان البيع لا يجوز استبداله قبل القبض ولا ضرورة هنا فكان المقبوض غير الواجب حقيقة فلا يكون العجز عنه عجزا عن موجب العقد فلا يثبت له خيار الفسخ ولا حجة له فيما روى لان المذكور في الحديث الاول من وجد متاعه عند مفلس بعينه فهو أحق به وفي الثاني من أدرك ماله بعينه عند رجل قد أفلس فهو أحق به من غيره والمبيع ليس بعين مال البائع ولا متاع له وانما هو مال المشتري اذ هو خرج عن ملكه وعن ضمانه بالبيع والقبض وانما ماله بعينه يقع على المغصوب والعواري والودائع والاجارة والرهن فذلك ماله بعينه فهو أحق به من سائر الغرماء والحديث ورد فيه وبه نقول وانما يكون هذا الحديث حجة له أن لو قال فأصاب رجل عين مال قد كان له فباعه من الذي وجده في يده ولم يقبض ثمنه فهو أحق به من سائر الغرماء وهو نظير ما روي عن سمرة مفسرا أنه عليه الصلاة والسلام قال من سرق له مال أو ضاع له متاع فوجده في يد رجل بعينه فهو أحق بعينه ويرجع المشتري على البائع بالثمن رواه الطحاوي باسناده فهذا الحديث يفيد أن جميع ما وجد في يد المفلس يقسم بين غرمائه ما لم يظهر له مالك معين فاذا ظهر له مالك معين كان هو أولى به من سائر الغرماء فان قيل روى هذا الحديث بالفاظ أخر فان أبا بكر بن عبد الرحمن قال ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالسلعة يتاعها الرجل فيفلس وهي عنده بعينها لم يقبض البائع من ثمنها شيأ فهو أسوة الغرماء وان مات المشتري فصاحب المتاع أسوة الغرماء وعن أبي بكر المذكور أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أيما رجل ابتاع متاعا فأفلس الذي ابتاعه ولم يقبض الذي باعه من ثمنه شيأ فوجده بعينه فهو أحق به فان مات المشتري فصاحب المتاع أسوة الغرماء فتبين بهذا الحديث أن المراد بالحديث الاول الباعة دون غيرهم قلنا قال الطحاوي ان هذا الحديث منقطع فلا يقوم بمثله حجة وذكر أنه مضطرب أيضا وبين وجه اضطرابه في الآثار فلا يجوز الاحتجاج به ولا يجوز أن يكون مبينا للمراد بالحديث الاول لانه يخالفه في المعنى وقوله عقد معاوضة فيقتضي المساواة قلنا يقتضي التسوية بينهما في الملك وهو حاصل لكل واحد منهما وان سلمنا أنه يقتضي التسوية في القبض فقد بطل ذلك بالتأجيل الى الميسرة فلا يبقى له حق الفسخ وقوله كالسلم الى آخره قلنا المسلم فيه مبيع فيه والعجز عن المبيع يوجب خيار الفسخ لانه عجز عن تسليم المستحق بالعقد فيفوت به ما أوجبه العقد والدليل على أنه مبيع عدم جواز الاستبدال به فصار العجز عن تسليمه كالعجز عن تسليم المبيع المعين بخلاف الدين فان العجز عن تسليمه عجز عن تسليم ما لم يوجبه العقد لان ما أوجبه العقد وصف في الذمة والمقبوض غيره ألا ترى أن عدم القدرة على ايفاء الثمن لا يمنع صحة العقد ابتداء فكذا بقاء لما ذكرنا فان قيل اذا اشترى بالفلوس النافقة شيأ كانت الفلوس في ذمته وهي ثمن ثم اذا عجز عن تسليمها بالكساد انفسخ البيع فوجب أن يكون هنا كذلك قلنا ان الفلوس اذا كسدت تغير موجب العقد فان العقد أوجب ملك فلوس في الذمة ثمن وبعد الكساد لا تبقى بهذه الصفة فبطل أو نقول لما كسدت صارت عروضا والعروض لا تجب في الذمة الا سلما فبطل بخلاف الدين بعد الافلاس والمكاتب اذا عجز تغير على المولى موجب العقد لان موجبه ملك البدل للمولى عند حلول الاجل بالقبض وقبل القبض لا يملك شيأ لان المكاتب عبد والمولى

﴿فصل﴾ بلوغ الغلام الخ ﴿فرع﴾ وقال أصحابنا أما انبات العانة لايدل على البلوغ خلافا للشافعي لانه نبات شعر من بدن الانسان فلا يستدل به على البلوغ كاللحية بل أولى لانه يمكن أن يتوصل باللحية الى معرفة البلوغ من غير ارتكاب محظور بخلاف العانة فانه لما أن ينظر اليها أو يمس فاذا لم تكن اللحية دليل البلوغ فالعانة أولى وما روى عن عطية (٢٠٣) القرظي قال عرضت يوم بني قريظة على النبي صلى الله عليه وسلم فقال أبصروه فان كان قد أنبت فاقتلوه فنظروا الى فوجدوني ما أنبت فجعلوني في السبي لاجعة فيه للخصم لان أهل المغازي ذكروا أن سعدا حكم بذلك فيمن أنبت وروى أنه أمر بقتل من اخضر مئزره وهذا يزيد على الانبات لان اخضرار الازار يكون بنبات الشعر من السرة الى العانة وروى أنه أمر بقتل من جرت عليه المواسي وذكر في السير الكبير روى عن عمر رضي الله عنه أنه كتب الى أمراء الاجناد أن اقتلوا من جرت عليه المواسي وهذا يقتضي تكرار الحلق بعد الانبات وهو خلاف ما يعتبره الخصم قال في شرح الطحاوي قبيل باب سجدة التلاوة وروى عن أبي يوسف في غير رواية الاصول أنه اعتبر نبات العانة وأما نهود الثدي فلا يحكم بالبلوغ به في ظاهر الرواية وقال بعضهم يحكم به وقال في الكشاف في تفسير سورة النور وعن علي أنه كان يعتبر القامة ويقدره بخمسة أشبار وبه أخذ الفرزدق في قوله

مازال مذ عقدت يداه ازاره * وسما فأدرك خمسة الاشبار

لا يستوجب دينا في ذمة عبده ولهذا لو كفل ببدل الكتابة انسان لا يصح ويتفرد العبد بفسخه فاذا عجز فات موجب العقد فيثبت للمولى خيار الفسخ بخلاف الدين في ذمة المفلس فان العقد فيه أوجب ملك الثمن للبائع وبالافلاس لا ينعدم ذلك فصار كما لو كان مليا

﴿فصل﴾ قال رحمه الله (بلوغ الغلام بالاحتلام والاحبال والانزال والاحبال يتم له ثماني عشرة سنة والجارية بالحيض والاحتلام والحبل والاحبال يتم لها سبع عشرة سنة ويفتى بالبلوغ فيهما بخمس عشرة سنة) وهذا عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وهو قول الشافعي ورواية عن أبي حنيفة والاول قول أبي حنيفة رحمه الله وعنه في الغلام تسع عشرة سنة وقيل المراد به أن يطعن في التاسعة عشرة فلا اختلاف بين الروايتين لانه لا يتم له ثماني عشرة سنة الا ويطعن في التاسعة عشرة وقيل فيه اختلاف الرواية حقيقة لانه ذكر في بعض النسخ حتى يستكمل تسع عشرة سنة أما الاحتلام فلما روى عن علي ابن أبي طالب كرم الله وجهه أنه قال حفظت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يتم بعد الاحتلام ولا صمات يوم الى الليل رواه أبو داود والحبل والاحبال لا يكون الا مع الانزال وكذا الحيض يكون في أوان الحبل عادة فجعل كل ذلك علامة البلوغ وأما السن فلهم ما روى عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال عرضت على رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة سنة فلم يجزني وعرضت عليه يوم الخندق وأنا ابن خمس عشرة سنة فأجازني فالظاهر أنه عليه الصلاة والسلام لم يجزه الا لانه بالغ ولم يرده الا لانه لم يبلغ ولان بلوغهما لا يتأخر عنها عادة وهي احدى الحجج الشرعية فيما لا نص فيه ولابي حنيفة رحمه الله قوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي أحسن حتى يبلغ أشده وأشد الصبي ثماني عشرة سنة هكذا قال ابن عباس والقتبي وقيل اثنتان وعشرون سنة وفي قول عمر خمس وعشرون سنة وأقل ما قيل فيه ثماني عشرة سنة فوجب تعليق الحكم به للاحتياط غير أن الاناث نشوهن وادراكهن أسرع فرددنا في حق الغلام سنة لاشتمالها على الفصول الاربعة التي واحد منها يوافق المزاج لامحالة فيقوى فيه قال رحمه الله (وأدنى المدة في حقه اثنتا عشرة سنة وفي حقها تسع سنين) أي أدنى مدة البلوغ بالاحتلام ونحوه في حق الغلام اثنتا عشرة سنة وفي حق الجارية تسع سنين هكذا ذكره صاحب الهداية وغيره ولا يعرف ذلك الا سماعا أو بالتتبع قال رحمه الله (فان راهقا) أي الغلام والجارية (وقالا قد بلغنا صدقا وأحكامهما أحكام البالغين) لانه أمر لا يوقف عليه الا من جهتهما فيقبل فيه قولهما كما يقبل قول المرأة فيما لا يطلع عليه غيرها كالحيض وغيره والله أعلم بالصواب

﴿كتاب المأذون﴾

قال رحمه الله (الاذن فك الحجر واسقاط الحق فلا يتوقت ولا يتخصص) هذا في الشرع لان العبد أهل للتصرف بعد الرق لان ركن التصرف كلام معتبر شرعا صدوره عن تمييز ومحل التصرف ذمة صالحة لالتزام الحقوق وهما لا يفوتان بالرق لانهما من كرامات البشر وهو بالرق لا يخرج من أن يكون بشرا الا أنه حجر عليه عن التصرف لحق المولى كي لا يبطل حقه بتعلق الدين برقبته لضعف ذمته بالرق حتى لا يجب المال في ذمته الا وهو شاغل لرقبته فاذا أذن المولى فقد أسقط حقه فكان العبد متصرفا بأهليته

اه اتقاني (قوله ويفتى بالبلوغ فيهما بخمس عشرة) أي فاذا تمت جاز طلاقه وان لم يحتلم اه اتقاني (قوله فلم يجزني) أي في المقاتلة اه غاية (قوله فأجازني) أي في المقاتلة اه غاية (قوله ولان بلوغهما لا يتأخر عنها) أي عن تلك المدة اه

الاصلية ولهذا لا يرجع على المولى بما لحقه من العهدة ولا يتوقت بزمان ولا مكان ولا بنوع من التجارة كالمكاتب وعندزفر والشافعي رحمهما الله هو عبارة عن توكيل وانابة لانه يتصرف للمولى باذنه والمانع من التصرف هو الرق وهو باق بعد الاذن وثمرة الخلاف تظهر في صحة التقييد عندهما حتى لا يجوز للعبد أن يجاوز ذلك عندهما كالوكيل لانه يتصرف للموكل فلا يملك الا ما أطلق له وعندنا يتصرف بأهلية نفسه لنفسه وانما يخلفه المولى في الملك فقط لتعذر ثبوته له وفيما عدا ذلك هو كالحر لان المانع حق المولى وقد أسقطه والاسقاطات لا تقبل التقييد كالطلاق والعتاق وكما اذا رضي المستأجر بيع عبد مستأجر من شخص بعينه دون غيره أو أسلم البائع المبيع الى المشتري قبل نقد الثمن على أن تصرف فيه نوعا من التصرف دون نوع فانه لا يعتبر فيه تقييده لان ذلك منه اسقاط لحقه فلا يقبل التقييد بخلاف اذن القاضي فانه بمنزلة الوكيل ذكره قاضيخان في فتاواه ولا يقال هو ليس بأهل لحكم التصرف وهو الملك فكيف يكون أهلا لسببه وهو التصرف والسبب غير مشروع لذاته بل لحكمه فاذا لم يترتب عليه حكمه لا يكون مشروعا كطلاق الصبي وعتاقه لانا نقول حكمه ملك اليد وهو أهل له كالمكاتب ولهذا يقدم فيه حاجته من قضاء دينه ونفقته وليس للمولى أن يأخذ الا ما فضل منه بخلاف المستشهد به فانه لا يثبت فيه حكم ما في حق الصبي فلا يكون مشروعا ولا يقال لو كان اسقاطا لما ملك نهيه لانا نقول ليس باسقاط في حق ما لم يوجد فيكون النهي امتناعا عن الاسقاط فيما لم يوجد * وهو في اللغة الاعلام ومنه الاذان وهو الاعلام بدخول الوقت وشرطه أن يكون العبد ممن يعقل التصرف ويقصده والاذن ممن يملك التصرف بيعا واجارة ورهنا ونحو ذلك ولا يشترط أن يكون مالكا للرقبة حتى جاز الاذن من العبد المأذون والمكاتب والشريك مفاوضة وعنانا والاب والجد والقاضي والوالي وحكمه هو التفسير الشرعي وهو ما ذكرنا من فك الحجر قال رحمه الله (ويثبت بالسكوت إن رأى عبده يبيع ويشتري) أي يثبت الاذن للعبد بسكوت المولى عند ما يراه يشتري ويبيع ولا فرق في ذلك بين أن يبيع عينا مملوكا للمولى أو لغيره باذنه أو بغير اذنه بيعا صحيحا أو فاسدا هكذا ذكر صاحب الهداية وغيره وذكر قاضيخان في فتاواه اذا رأى عبده يبيع عينا من أعيان المالك فسكت لم يكن اذنا وكذا المرتهن اذا رأى الراهن يبيع الرهن فسكت لا يبطل الرهن وروى الطحاوي عن أصحابنا أنه رضا ويبطل الرهن ولو أمر المولى ببيع متاع غيره بصير مأذونا له ولو رأى عبده في حانوته يبيع فسكت حتى باع متاعا كثيرا من ذلك كان اذنا ولا ينفذ على المولى بيع العبد ذلك المتاع ولو رأى المولى عبده يشتري شيأ بدراهم المولى أو دنانيره فلم ينهه صير مأذونا له فان كان نقد الثمن من مال المولى كان للمولى أن يسترده ولا يبطل البيع بالاسترداد ولو أن رجلا دفع الى عبد رجل متاعا له ليبيعه فباعه بغير اذن المولى فرآه المولى ولم ينهه كان مأذونا له في التجارة ويجوز ذلك البيع على صاحب المتاع وتكلموا في العهدة قيل ترجع الى الآمر وقيل الى العبد وقال زفر والشافعي لا يثبت الاذن بسكوت المولى عند ما يراه يبيع أو يشتري لان سكوته يحتمل الرضا ويحتمل السخط فلا يثبت بالشك ولان الاذن انابة فلا يثبت بالسكوت كما اذا رأى أجنبيا يبيع ماله فسكت ولم ينهه لا ينفذ ذلك عليه بسكوته ولهذا لا يجوز ذلك البيع بدلالة الحال وهو السكوت فأولى أن لا يجوز به غيره من البياعات وكذا لو رأى القاضي الصبي أو المعتوه أو عبدهما يبيع ويشتري فسكت لا يكون اذنا له في التجارة مع أن له أن يأذن لليتيم والمعتوه اذا لم يكن لهما ولي وعبدهما أو كان لكل واحد منهما ولي وامتنع من الاذن له عند طلبه منه ذلك وكذا سكوت المرتهن عند ما يرى الراهن يبيع الرهن لا يكون رضا في رواية وكذا اذا رأى عبده يتزوج أو أمته تتزوج فسكت لا يكون اذنا منه بالزواج وكذا لو أتلف مال غيره وصاحبه يقشع وهو ساكت لا يكون اذنا منه به حتى كان له أن يطالبه بالضمان قلنا ان هذه التصرفات مبنية على عادات الناس وقد جرت العادة ان من لا يرضى بتصرف عبده ينهاه عنه ويؤدبه عليه فاذا سكت دل على رضاه به فصار اذنا دلالة لاجل دفع الضرر عن الناس فانهم يعتقدون ذلك اطلاقا منه فيبايعونه حملا لفعله على

(قوله ولا يتوقت بزمان الخ) حتى لو أذن لعبده يوما كان مأذونا أبدا حتى يحجر عليه لان الاسقاطات لا تتوقت اه هداية (قوله ومنه الاذان الخ) أما الاذن فهو الاطلاق لغة لانه ضد الحجر وهو المنع فكان اطلاقا عن شئ أي شئ وفي الشرع الاطلاق في حق التجارة باسقاط الحجر عنه كذا قال شيخ الاسلام خواهرزاده في مبسوطه وأما ركنه فقول الرجل أذنت لك في التجارة لان الاذن به يقوم وركن الشئ ما يقوم به ذلك الشئ وقد يكون الاذن دلالة بالسكوت عندنا خلافا لزفر والشافعي اه اتقاني (قوله وحكمه) قال الاتقاني وحكمه ملك المأذون ما كان من قبيل التجارة وتوابعها وضروراتها وعدم ملكه ما لم يكن كذلك الى هنا أشار في الخفة وذلك لان حكم الشئ ما يثبت بالشئ والثابت بالاذن ما قلنا فكان حكما اه

(قوله في المتن وان أذن له عاما الخ) قال في تحفة الفقهاء الاذن نوعان خاص وعام أما الاذن الخاص كان يقول لعبده اشتر هذا الثوب لمولاك أو اشتر كسوة لنفسك أو لفلان فاشتراه فانه يجوز ويكون مأذونا في ذلك خاصة والقياس أن يكون مأذونا في الانواع كلها لان الاذن بالتصرف لا يتجزأ وفي الاستحسان يقتصر على ما أذن لان هذا من باب الاستخدام ولو تعدى الاذن الى غيره ولم يكن من قصد المولى أن يكون مأذونا في التجارات لا يقدر على الاستخدام وأما الاذن العام كان يقول أذنت لك في التجارات أو في التجارة يصير مأذونا في الانواع بلا خلاف أما اذا أذن في نوع بأن قال اتجر في البز أو في بيع الطعام أو نحو ذلك يصير مأذونا في أنواع التجارات عندنا وعند الشافعي يقتصر على ما سمي وكذلك اذا قال اقعد في الخزازة أو في الصياغة يصير مأذونا في جميع أنواع الحرف (٣٠٥) وكذلك اذا قال أذنت لك أن تتجر شهرا أو سنة يصير مأذونا في جميع الاوقات مالم يحجر عليه حجرا عاما وكذا اذا قال اتجر في البز ولا تتجر في الخز لا يصح نهيه ويعم الاذن النوعين وغيرهما والمسئلة معروفة أن الاذن عليك التصرف أو اسقاط الحق وفك الحجر الى هنا لفظ التحفة اه اتقاني وكتب ما نصه قال برهان الدين الاجل الصدر الكبير صاحب المحيط عبد العزيز بن عمر بن أبي سهل المعروف بمازه في طريقة الخلاف المأذون في نوع يصير مأذونا في الانواع كلها وقال الشافعي وزفر لا يصير مأذونا الا فيما نص عليه وما هو من ضروراته وصورته رجل قال لعبده تصرف في الخز وسكت أو قال تصرف في الخز ولا تتصرف في البز عندنا يملك التصرف في الخز والبز جميعا وعندهما لا يملك الا في الذي نص عليه اه اتقاني (قوله لا يكون مأذونا) وفي القياس يكون مأذونا له لانه اذن في التجارة غاية ما في الباب أنه خص والتخصيص لا يعمل في الاذن عندنا وجه الاستحسان الضرورة والضيق على الناس لانه لو جعل مأذونا له بهذا القدر لضاق الامر على الناس ووقعوا في حرج لانه لو ثبت كونه مأذونا له بالاذن في شراء جد أو بقتل بفلس لصح اقراره حينئذ على نفسه بمال عظيم حيث يتوى بذلك رقبته وكسبه فلا يتجاسر أحد بعد ذلك على استخدام المملوك خوفا من ذلك فتتعطل مصالحهم فلهذه الضرورة لم يجعل الاذن في كل شئ اذنا عاما بل جعل ذلك استخداما وتوكيلا اه والحاصل أنه متى فوض اليه عقودا متكررة كان ذلك اذنا في التجارة لان الربح يحصل بالعقود المتكررة وان فوض اليه عقدا واحدا لا يتكرر كان استخداما ولم يكن اذنا في التجارة اه اتقاني رحمه الله

ما يقتضيه الشرع والعرف فصار كسكوت النبي صلى الله عليه وسلم عند أمر يعاينه عن التغيير والانكار وكسكوت البكر والشفيع والمولى القديم عند ما يرى ماله يقسم بين الغانمين بخلاف ما اذا سكت عند ما يفسخ الاجنبي بيع ماله لانه وكيل والوكيل يتصرف للموكل لا لنفسه والتوكيل لا يثبت بالسكوت وكذا العبد وكيل في حق ما باعه من مال المولى لانه مالك الغير وهو المولى والتوكيل لا يثبت بالسكوت وكذا اذن القاضي لانه لا حق له في مال الغير حتى يكون الاذن اسقاطا لحقه وسكوت المرتهن اجارة في رواية فلا فرق بينهما والفرق على الأخرى أنا لو جعلناه اجارة يلزم المرتهن ضرر عظيم بخروج العين من يده واقامة الثمن مقامه في حبسه رهنا وهو في الذمة ولا يعرف هل يحصل أو يتوى عليه فلا يلحقه هذا الضرر الا بالتصريح منه وهذا هو الجواب في تزويج العبد والامة وفي اتلاف مال الغير لان للمولى وصاحب المال فيه ضررا محضا فلا يلزمه بدون التزامه صريحا بخلاف ما نحن فيه فانه لا ضرر فيه في الحال وفي المآل جانب النفع راجح لان ما يلزمه من الدين لا يلزمه الا بعوض وجانب تحصيل الربح أرجح ولان العبد في النكاح وكيل عن المولى لان المولى يملك أن يعقد عليه بغير اختياره ولهذا اذا أذن له بالتزويج لا يكون مأذونا له حتى لا يملك أن يتزوج الا واحدة لان التوكيل لا يتعم ولا يثبت بالسكوت بخلاف البيع قال رحمه الله (وان أذن له عاما لا بشراء شئ بعينه يبيع ويشتري) يعني لو أذن له مولاه اذنا عاما بأن قال له أذنت لك في التجارة ولم يقيده بشراء شئ بعينه ولا بنوع من التجارة جاز له التصرف في جميع التجارات بيع ويشتري لان اللفظ يتناول جميع أنواع التجارات وأما اذا أمره بشراء شئ بعينه كالطعام والكسوة لا يكون مأذونا له لانه استخدام ولو صار مأذونا له لاستعلى المولى باب الاستخدام وعلى هذا لو أمره ببيع ثوب بعينه لا يكون مأذونا له وكذا لو قال له آجر نفسك من فلان لانه أمره بعقد واحد فيكون استخداما بخلاف ما اذا قال له آجر نفسك من الناس أو اقعد صباغا أو خياطا أو قصارا أو قال أدالي ألفا وأنت حر حيث يكون اذنا له لانه أمر بعقود متعددة فيدل ذلك على الاذن وكذا اذا قال له أدالي كل شهر كذا أو كل يوم كذا كان مأذونا له لانه لا توصل الى أدائه الا بالتكسب وذلك بالتجارة لا بالتكدي والفاصل بينهما أنه اذا أذن له بعقود متكررة كان مأذونا له كقوله اشتر وبع أو بع وثوبي هذا واشتر بثمنه وان أذن له بعقد واحد ولم يوجد فيه ما يدل على الاذن لم يكن مأذونا له عادة وقوله أدالي ألفا وأنت حر بمنزلة قوله ان أديتها الي فأنت حر ولو أعطاه مراوية وبغلا وقال استق عليه وبع الماء من الناس صح كان اذنا له لانه أمره بالتكسب وذلك بالاذن ولو غصب العبد ثوبا فأمره مولاه بيعه كان اذنا له لانه لا يمكنه حمله على الاستخدام لعدم الملك فيتعين الاذن ولو أمر ممنوع من التجارة كان اذنا في الجميع وكذا اذا قيده بوقت أو بعمل شخص لا تقييد بعندنا وفيه خلاف زفر والشافعي بناء على أنه توكيل عندهما وعندنا اسقاط وقد بيناه

(قوله وان كان فيه غبن فاحش الخ) قال الاتقاني فأما اذا باع بالمحاباة الفاحشة ابتداء فانه يجوز عند أبي حنيفة لان الوكيل بالبيع علك البيع بالغبن الفاحش عنده فلأن علك المأذون له ذلك أولى لان تصرفه ليس بسبيل النيابة بل بأهلية نفسه ولهذا لا يرجع بالعهدة على المولى اه والحاصل ماذكره شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي قال شراء العبد المأذون وبيعه بما يتغابن الناس فيه جائز حالا أو آجلا أو سلما في قولهم جميعا وكذلك بما لا يتغابن الناس فيه في قول أبي حنيفة رحمه الله ان كان عليه دين أو لم يكن ولا يجوز في قول أبي يوسف ومحمد لانه بمنزلة الهبة ولا تجوز هبته ولا صدقته وكذا كل من لا تجوز هبته مثل المكاتب والصبي أو المعتوه يأذن له أبوه في التجارة فهو على هذا الاختلاف اه اتقاني رحمه الله مع حذف قال في الحقائق في كتاب المأذون في باب أبي حنيفة واذا باع من الاجنبي بالكثير من المحاباة لا يجوز أصلا عندهما وان بلغ الاجنبي الثمن الى تمام القيمة وباليسير يجوز فلا يؤمر بازالة المحاباة عندهما من المحيط والهداية اه (٢٠٦) (قوله ولا يلزم من صحته من الصبي بعد الاذن الخ) قال الاتقاني ووجه قول أبي حنيفة أنه مأمور بالبيع والشراء فيملك كل ما هو مسمى بهذا الاسم جريا على قضية اطلاق اللفظ ولا يجوز تقييده بالغرض لان اعتبار نص الكلام أولى من اعتبار الدلالة على أنا لا نسلم لزوم الغرض فان التاجر في العادات كما يباشر العقد على وجه لا غبن فيه يباشره على وجه فيه غبن ليتوسل الى غرض لا طريق له الا ببيع ماعنده وعسى لا يشتري ماعنده بمثل القيمة لكساد السوق ولا يكون عنده ثمن ما يريد تحصيله فتمس حاجته الى بيع ماعنده بوضيعة رغبة فيما يريد تحصيله والاسترباح عليه وهذا معهود بين التجار اه اتقاني (قوله ولو مرض العبد المأذون له) أي مرض الموت اه (قوله هذا اذا كان المولى صحيحا) قال الشيخ قوام الدين هذا اذا باع المأذون في مرض موت المولى فبينه ما قال في شرح الكافي قبل هذا الباب واذا أذن الرجل لعبده في التجارة ثم مرض المولى فباع العبد بعض ما كان من تجارته أو اشترى شيأ فغابى في ذلك ثم مات المولى ولا مال له غير العبد وما في يده فجميع ما فعل العبد من ذلك بما يتغابن الناس فيه ومالا يتغابن فيه جائز في قول أبي حنيفة رحمه الله من ثلث مال المولى لانه يتصرف بتسليط المولى وانه يلاقي حق المولى فيجعل ذلك محاباة منه وهو مريض فيجعل منه وكذلك على قولهما فيما يتغابن الناس فيه وكذلك ان كان على العبد دين يحيط برقبته وما في يده لان حال العبد لم يتغير انما تغير حال المولى فكان وصية منه بعد الدين من الثلث فان كان على المولى دين يحيط برقبته وما في يده ولا مال له غيره لم يجز من محاباة المولى شيء لان الوصية مؤخرة عن الدين ويقال للمشتري فاما نقض البيع وان شئت فأد المحاباة كلها ولو كان الذي حاباه العبد بعض ورثة المولى كانت المحاباة باطلة في جميع الوجوه لان هذا وصية من المولى كذا في شرح الكافي اه اتقاني

ثم اذا صار مأذونا له في جميع التجارات كان له أن يبيع ويشتري وان كان فيه غبن فاحش عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز بمحاباة لا يتغابن الناس في مثله لان الغبن الفاحش جار مجرى التبرع حتى اعتبر من المريض من ثلث ماله ولا يجوز من الاب والوصي والقاضي من مال الصغير والتبرع غير داخل فيه فلا يجوز وهذا لان المقصود من التجارة الاسترباح وهذا اضدته لانه اتلاف ولابي حنيفة رحمه الله انه تجارة لا تبرع لانه وقع في ضمن عقد التجارة والواقع في ضمن الشيء كان له حكم ذلك الشيء وهذا لان التجارة مبادلة المال بالمال ولهذا تجري فيه أحكام البيع في الكل كوجوب الشفعة وجواز المرابحة وقد فك عنه الحجر في حق التجارة فيتناول الجميع كفك الحجر بالاعتاق بخلاف الهبة لانها ليست بتجارة وبخلاف الاب والوصي والقاضي لان تصرفهم مقيد بالأنظر ولا يلزم من صحته من الصبي بعد الاذن أن يصح منهم كالاقرار بالدين وحق الورثة تعلق بالمالية فليس له أن يبطله ولهذا لا علك الابراء بالغبن اليسير أيضا فلا يصح الاستدلال به ولان البيع بالغبن الفاحش من صنيع التجار لاستجلاب قلوب المجاهزين ويبيع بغبن فاحش في صفقة ويربح في أخرى وعلى هذا الخلاف بيع الصبي والمعتوه المأذون لهما ولو مرض العبد المأذون له وعليه دين يعتبر من جميع المال اذا لم يكن عليه دين وان كان عليه دين فمن جميع ما بقي بعد الدين لان الاقتصار في الحجر على الثلث لحق الورثة ولا وارث للعبد ولا يقال المولى بمنزلة الوارث لانا نقول رضي بسقوط حقه بالاذن فصار كالوارث اذا أسقط حقه من الثلثين فان تصرف المريض ينفذ في الكل بخلاف غرمائه على ما يجيء لانهم لم يرضوا بسقوط حقهم فلا تنفذ محاباته في حقهم وان كان الدين محيطا بما في يده يقال للمشتري أد جميع المحاباة والا فرد المبيع كما في الحر هذا اذا كان المولى صحيحا وان كان المولى مريضا لا تصح محاباة العبد الا من ثلث مال المولى كتصرفات المولى بنفسه لان المولى باستدامة الاذن بعد ما مرض أقامه مقام نفسه فصار تصرفه كتصرفه والفاحش من المحاباة وغير الفاحش فيه سواء حتى لا ينفذ الكل الا من الثلث قال رحمه الله (ويوكل بهما) أي يجوز له التوكيل بالبيع والشراء لانه من توابع التجارة فلعله لا يتمكن من مباشرة الكل فيحتاج الى المعين قال رحمه الله (ويرهن ويرتهن) لانهما من توابع التجارة لانهما ايفاء واستيفاء ويتقرر ذلك بالهلاك قال رحمه الله (ويستأجر ويضارب) لانه من صنيع التجار فيجوز له المضاربة أخذا ودفعا وكذا الاجارة بأن يؤجر غلمانه أو يستأجر أجراء

(قوله وله أن يدفع الارض مزارعة و يأخذها) قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي في أول كتاب المأذون الكبير ويتقبل الارض و يأخذها مزارعة كما يأخذ الحر لان أخذ الارض مزارعة ان كان البذر من قبله فهو استئجار الارض وان كان من قبل رب الارض فهو اجارة نفسه وانه يملك كلا الوجهين وليس له أن يدفع طعاما الى رجل ليزرعها ذلك الرجل في أرضه بالنصف لان هذا يصير قرضا وليس له القرض لان القرض تبرع وانه لا يملك التبرع ولو فعل مع هذا أشار هنا أن الخارج يكون للزارع حيث جعله قرضا ولو أقرضه تصحيحا فالجواب هكذا أن الخارج يكون للزارع لانه ملكه بحكم القرض وقد ذكر في المزارعة أن الحر لو دفع بذرا الى آخر ليزرعه في أرضه بالنصف ففعل يكون الخارج لصاحب البذر وعليه أجر مثل عمله وأرضه قيل في المسئلة روايتان في رواية المزارعة الخارج لصاحب البذر وفي رواية المأذون الخارج للزارع ودفع البذر يحتمل الوجهين الاقراض واستئجار العامل والارض ان دفع البذر ليزرعه له فقد أبقاه على ملكه فيكون العامل عاملا له بشرط النصف فيكون استئجارا له ولارضه وانه دفع البذر ليزرع العامل لنفسه يكون اقراضا له ففي رواية اعتبر القرض وفي رواية اعتبر الاستئجار وروى محمد بن سماعة عن أبي حنيفة ان دفع البذر اليه وقال لتزرع لي أو أطلق يكون الخارج له فان قال لتزرع لنفسك يكون الخارج للزارع فمسئلة الكتاب على هذا اه اتقاني (قوله لانه لو لم يصح اقراره لم يعامله أحد) قال الكرخي واذا أقر العبد بجناية على عبد أو حر أو مهر وجب عليه بنكاح جائز أو فاسد أو وجب عليه بشبهة نكاح فاقراره باطل لا يلزمه حتى يعتق فان صدقه المولى جاز عليه ولم يجز على الغرماء وان قامت على العبد بينة بذلك وأنه تزوج امرأة باذن مولاه لزمه المهر تحاص به المرأة الغرماء الى هنا لفظه رحمه الله اه اتقاني (قوله بخلاف ما اذا أقر بوطء جارية بالنكاح) أي بغير اذن المولى اه اتقاني (قوله كالمبسوط ومختصر الكافي والتتمة) أي وأحكام الصغار وما ذكر في المكاتب أصح لانه موافق لعامة

وله أن يدفع الارض مزارعة و يأخذها مساقاة لان كل ذلك من عمل التجار قال عليه الصلاة والسلام الزارع يتاجر به وله أن يشتري طعاما و يزرعه فيها و يستأجر البيوت والحوانيت و يؤجرها لما فيها من تحصيل المال قال رحمه الله (و يؤجر نفسه) وقال الشافعي رحمه الله ليس له أن يؤجر نفسه لان الاذن لا يتناول التصرف في نفسه ولهذا لا يكون له أن يبيع نفسه ولا يرهنها فكذا منافعه لان المنافع تابعة للنفس ولنا أن الاجارة تجارة وهو تصرف على غير نفسه اذ هي بيع المنافع دون النفس فيملكه وانما لا يجوز بيع نفسه لانه يبطل الاذن أصلا لانه يتحجر به بخلاف الاجارة ولا يلزم من امتناع جواز بيع النفس امتناع الاجارة ألا ترى أن الحر لا يملك بيع نفسه و يملك اجارتها وأقرب منه المكاتب بل هو نظيره فانه يملك اجارة نفسه ولا يملك بيعها والرهن يوجب الحبس على الدوام الى قضاء الدين بغير بدل يقابله فيفوت به غرض المولى وهو التحصيل فلا يملكه و يشارك شركة عنان لانه من صنيع التجار لانه طريق لتحصيل الربح وليس له أن يشارك مفاوضة لانها تتضمن الكفالة وهو لا يملكها لكونها تبرعا قال رحمه الله (و يتزوجن وغصب ووديعة) لان الاقرار من توابع التجارة لانه لو لم يصح اقراره لم يعامله أحد فلا بد من قبول اقراره فيها هو من باب التجارة والاقرار بالدين منه وكذا بالغصب لان ضمان الغصب ضمان معاوضة عندنا لانه يملك المغصوب بالضمان فكان من باب التجارة ولهذا لو أقر به أحد المتفاوضين حتى كان شريكه طالبا به وكذا لو اشترى جارية شراء فاسدا فأقر أنه وطئها يجب عليه العقر في الحال لان لزومه باعتبار الشراء اذ لولاه لوجب الحد دون العقر بخلاف ما اذا أقر بوطء جارية بالنكاح حيث لا يظهر وجوب العقر في حق المولى وانما يؤاخذ به بعد الحرية لانه ليس من باب التجارة ولهذا لو أقر به أحد المتفاوضين لم يلزم شريكه واقراره بالوديعة من باب التجارة لانه لا يجد بدا منه فكان من توابعه ولو ازمه ولا فرق بين ما اذا كان عليه دين أو لم يكن اذا كان الاقرار في صحته وان كان في المرض قدم غرماء الصحة كما في حق الحر فحاصله أن ما يكون من باب التجارة من ديونه يصح اقراره به صدقه المولى أو كذبه وما لا يكون من باب التجارة لا يصدق فيه الا بتصديقه لانه فيه كالمحجور عليه و يبطل اقراره للزوج والولد والوالدين عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما وهو كالاختلاف في بيع الوكيل من هؤلاء قال رحمه الله (ولا يتزوج) لانه ليس من باب التجارة ولان فيه ضررا على المولى بوجوب المهر والنفقة في رقبته قال رحمه الله (ولا يزوج مملوكه) وقال أبو يوسف رحمه الله يزوج الامة دون العبد لان فيه تحصيل المنفعة وهو تحصيل المهر وسقوط النفقة فأشبه اجارتها ولهذا جاز للمكاتب ووصي الاب والاب ولهما أن الاذن تناول التجارة والتزويج ليس بتجارة ولهذا لا يملك تزويج العبد بخلاف المكاتب والاب والوصي لان المكاتب يملك الاكتساب وذلك لا يختص بالتجارة وكذا الاب والجد والوصي ولان تصرفهم مقيد بالانظر للصغير وتزويج الامة من الانظر وعلى هذا الخلاف الصبي والمعتوه المأذون لهما والمضارب والشريك عنانا ومفاوضة وجعل صاحب الهداية الاب والوصي على هذا الخلاف وهو سهو فانه ذكر المسئلة بنفسه في كتاب المكاتب مثل ما ذكرنا وليذكر فيهما خلافا بل جعلهما كالمكاتب وكذا في عامة كتب أصحابنا كالمبسوط ومختصر الكافي والتتمة قال رحمه الله (ولا يكاتب) لانه ليس من باب التجارة

الروايات وفي الكافي يحتمل أن يكون في المسئلة روايتان وقال الامام الاخسيكثي أو يحمل ما أطلق في المكاتب على ما ذكر هنا أو يجعل في المسئلة روايتان اه كاكي (قوله وعلى قول من يتأتى هذا) قلت يتأتى على قول أبي حنيفة الاول فقد قال الشارح رحمه الله فيما سيأتي عند قوله وان لم يحط صح أي وان لم يحط الدين برقبته وبما في يده جاز عتقه وهذا بالاجماع أما عندهما فظاهر وكذا عنده في قوله الآخر وفي قوله الاول لا يملك فلا يصح اعتاقه لان الدين متعلق بكسبه وفي حق التعليق لا فرق بين القليل والكثير كما في الرهن اه

اذ هي مبادلة المال بالمال والبدل في الحال مقابل بفك الحجر فلم تكن من باب التجارة ولان الكتابة أقوى من الاذن لان الكتابة توجب حرية اليد في الحال وحرية الرقبة في المآل والاذن لا يوجب شيأ من ذلك والشيء لا يتضمن ما هو فوقه الا اذا أجازه المولى ولم يكن على العبد دين لان الامتناع لحقه فاذا أجازه زال المانع فينفذ وهذا معروف أن كل عقد موقوف وله تجيز حال وقوعه يجوز باجازته فتكون الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة ثم ليس للعبد أن يقبض البدل لانه نائب عن المولى كالوكيل فكان قبض البدل لمن نفذ العقد من جهته لان الوكيل سفير ومعبر فلا تتعلق به حقوق العقد كالنكاح بخلاف المبادلة المالية وذكر في النهاية أنه لو كان على العبد دين قليل أو كثير فكتابته باطلة وان أجازها المولى لان قيام الدين يمنعه من ذلك قل أو كثر وهذا مشكل فان الدين اذا لم يكن مستغرقا لرقبته وما في يده لا يمنع الدخول في ملك المولى باجماع أصحابنا حتى جاز للمولى عتق ما في يده فكيف تتصور هذه المسئلة وعلى قول من يتأتى هذا وانما الخلاف في المستغرق فعند أبي حنيفة رحمه الله يمنع من دخوله في ملك المولى وعندهما لا يمنع ولو أدى المكاتب البدل الى المولى قبل الاجازة ثم أجازها المولى لا يعتق وسلم المقبوض للمولى لانه كسب عبده قال رحمه الله (ولا يعتق) لانه فوق الكتابة فكان أولى بالامتناع وان أجازه المولى ولم يكن عليه دين جاز وكان قبض العوض اليه ان كان العتق على مال وان كان عليه دين مستغرق لا ينفذ عند أبي حنيفة خلافا لهما بناء على أنه يملك ما في يده أم لا قال رحمه الله (ولا يقرض) لانه تبرع ابتداء وهو لا يملكه قال رحمه الله (ولا يهب) لانه تبرع محض وسواء كان بعوض أو بغير عوض لانه تبرع ابتداء أو ابتداء وانتهاء قال رحمه الله (ويهدي طعاما يسيرا ويضيف من يطعمه) لان التجار يحتاجون اليه لاستجلاب قلوب المجاهزين وروى أنه عليه الصلاة والسلام كان يجيب دعوة المماليك والمراد به المأذون له لان المحجور عليه ليس له أن يتخذ الضيافة اليسيرة لعدم الاذن وعن أبي يوسف أن المحجور عليه اذا دفع اليه المولى قوت يومه فدعا بعض رفقائه على ذلك الطعام فلا بأس به بخلاف ما اذا دفع اليه قوت شهر لانهم اذا أكلوه يتضرر به المولى ولا يمكن أن يقدر للضيافة تقدير لانه يختلف باختلاف المال وغيره وقالوا في الهدية ليس له أن يهدي الا الشيء اليسير من المأكول وليس له أن يهدي الدراهم ولا بأس للمرأة أن تتصدق من بيت زوجها بشيء يسير كرغيف ونحوه بدون استطلاع رأي الزوج لان ذلك مأذون فيه عادة وما روي أنه عليه الصلاة والسلام قال عام حجة الوداع لا تخرج المرأة من بيت زوجها فقيل له والطعام فقال عليه الصلاة والسلام الطعام أفضل أموالكم المراد به المدخر كالحنطة ودقيقها وأما غير المدخر فلها أن تتصدق به على العادة الجارية بين الناس والاب والوصي لا يملكان في مال الصغير ما يملكه العبد المأذون له من اتخاذ الضيافة اليسيرة والصدقة قال رحمه الله (ويحط من الثمن بعيب) لانه من صنيع التجار وقد يكون الحط أنظر له من قبول المعيب بخلاف الحط من غير عيب أو الحط أكثر من العادة لانه تبرع محض بعد تمام العقد وهو ليس من صنيع التجار فلا ضرورة اليه بخلاف المحاباة ابتداء لانه قد يحتاج اليه التاجر على ما بيناه وله أن يؤجل في دين وجب له لانه من عادات التجار

لكن التفريع على القول المرجوع عنه مع عدم التنبيه على ذلك مما لا ينبغي اه (قوله وسلم المقبوض للمولى) قال الاتقاني ولا يملك الاعتاق على مال أيضا لانه اذا لم يملك الكتابة لانها ليست بتجارة فلأن لا يملك الاعتاق على مال لهذا المعنى أولى لانه تصرف ضار لان فيه ازالة الملك في الحال بدين في ذمة المفلس فلعله يحصل ولعله لا يحصل وفي الكتابة لا يزول الملك ما لم يوجد أداء جميع بدل الكتابة لان المكاتب عبد ما بقي عليه درهم اه (قوله وكان قبض العوض اليه) والحاصل أن المأذون يفعل ما كان من صنيع التجار وما لا فلا ولهذا لا يكفل بنفس ولا مال ولا يقرض ولا يعتق على مال الا اذا أجازه المولى ولا دين عليه فان كان عليه دين يجوز باجازة المولى ويضمن المولى قيمته للغرماء اه اتقاني (قوله ولا يمكن أن يقدر للضيافة تقدير) قال شيخ الاسلام خواهر زاده في كتاب شرح المأذون الكبير من الاصل لم يقدر محمد في الكتاب مقدارا يتخذ من الضيافة أنه بأي قدر يتخذ الا أنه روى عن محمد بن سلمة أن ذلك على قدر مال تجارته مثلا عشرة آلاف درهم فاتخذ ضيافة عشرة دراهم كان يسيرا اه اتقاني وكتب ما نصه قال في الفتاوى الصغرى العبد المأذون يملك التبرعات اليسيرة حتى يملك التبرع بمادون الدرهم ولا يملك التصدق بالدرهم ويملك اتخاذ الضيافة والاهداء وليس هذا عقد بدرهم بل ما يعده التجار سرفا ويملك الذي لا يعدونه سرفا في المأكولات حتى لا يملك الاهداء في غير المأكولات اه اتقاني (قوله لا تخرج المرأة من بيت زوجها) كتب الشيخ الشلبي رحمه الله هنا ملحقا ما نصه بغير اذنه اه نهاية شرح الهداية (قوله وله أن يؤجل في دين وجب له لانه الخ)

ولو صالحه على أن يؤخر عنه بعضه ويحط عنه بعضه كان الحط باطلا والتأخير جائزا لان الحط تبرع والتأخير وان كان تبرعا لكنه من صنيع التجار فأشبه الضيافة والهبة اليسيرة اه غاية (قوله في المتن يباع فيه) لكن لابد من حضرة المولى وفي بيع كسبه يشترط حضرة العبد لا المولى وتمامه في الكفاية اه من خط شيخنا المقري رحمه الله وسيأتي في كلام الشارح في الصفحة الآتية في الشرح اه (قوله في المتن ان لم يفده سيده) أي بجميع دينه اه كفاية (قوله فلا تباع رقبته الخ) قال في طريقة (٩ ، ٣٠) البرهانية وأجمعوا على أن الرقبة

قال رحمه الله (ودينه متعلق برقبته يباع فيه ان لم يفده سيده) وقال زفر والشافعي رحمهما الله يتعلق بالكسب لا بالرقبة فلا تباع رقبته ويباع كسبه بالاجماع لهما ان رقبته ليست من كسبه فلا تباع في دينه كسائر أموال المولى وهذا لان رقبته ملك المولى فلا يتعلق بها الدين الا بتعليقه ولان غرضه بالاذن تحصيل مال لم يكن لا تنويت مال كان فلا يكون مشروعا أصلا ولنا أن هذا دين ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته كدين الاستهلاك والمهر ونفقة الزوجات ولان بيعه بالدين كان جائزا حين كان يباع لحق الدين على ما روى أنه عليه الصلاة والسلام باع رجلا يقال له سرق في دينه فانتسخ في حق الحر فيبقى في حقه على حاله لعدم المانع وفي تعلقه برقبته دفع الضرر عن الناس وحامل لهم على المعاملة وبه يحصل مقصود المولى لان المعسر الذي ليس له مال لا يعامله أحد خوفا من توى مالهم فلا يحصل غرضه واذا تعلق برقبته يعامل فيحصل غرضه وينتفي الضرر عنه بدخول ما اشتراه العبد في ملكه وتعلقه بالكسب لا ينافي تعلقه بالرقبة فيتعلق بهما جميعا ويبدأ بالكسب لانه أهون على المولى مع ايفاء حق الغرماء وعند انعدامه يستوفى من الرقبة دفعا للضرر عن الغرماء ولا يعجل القاضي بيعه بل يتلوم لاحتمال أن يكون له مال يقدم عليه أو دين يقتضيه فاذا مضت مدة التلوم ولم يظهر له وجه باعه لان القاضي نصب ناظرا للمسلمين وقد نظر للمولى بالتلوم فوجب النظر للغرماء بالبيع ثم بيع القاضي هذا العبد جمع عليه بين أصحابنا غير زفر وان كان أبو حنيفة رحمه الله لا يرى بيع القاضي مال المفلس ولا يرى الحجر على المكلف والفرق له أنه انما امتنع بيع القاضي مال المفلس لان بيعه يؤدي الى الحجر عليه وهو لا يرى حجر المكلف فامتنع ذلك وأما العبد المأذون له فان المولى محجور عليه عن بيعه قبل ذلك لانه لا علاك بيعه بعد ما تعلق برقبته الدين لما فيه من ابطال حق الغرماء فلا يكون محجورا عليه ببيع القاضي ولهذا المعنى يبيع القاضي كسب العبد أيضا والمراد بالدين ما ظهر في حق المولى وأما ما لم يظهر في حقه فلا يباع العبد به ولا يطالب به الا بعد الحرية قال رحمه الله (وقسم ثمنه بالحصص) أي بين الغرماء لان ديونهم متعلقة برقبته فيتحاصصون في الاستيفاء من البدل كما في التركة ويشترط لبيع العبد نفسه أن يكون المولى حاضرا لان المولى هو الخصم في رقبة العبد كما اذا ادعى رقبته انسان ولا يكون العبد فيه خصما ولبيع كسبه لا يشترط حضور المولى ويشترط حضور العبد لان العبد هو الخصم في كسبه ألا ترى أنه اذا ادعى كسبه كان هو الخصم فيه قال رحمه الله (وما بقي طولب به بعد عتقه) أي ما بقي من الدين بعد ما اقتسم الغرماء ثمنه يطالب به بعد الحرية ولا يطالب به للحال لان دينهم ثابت في ذمته ولم يستوفوا الكل منه لان رقبته لم تف به فيبقى دينهم على حاله في ذمته فيستوفونه اذا قدر على ايفائه ولا يقدر الا بعد العتق لانه لا يمكن بيعه ثانيا ولا استعماله لان المشتري يتضرر بذلك ولانه لو علم المشتري أنه يباع عليه ثانيا أو يستسعى يمتنع من شرائه فيؤدي الى امتناع البيع بالكلية فيعود الضرر على غرمائه فلا يشرع ولان الغرماء بالخيار ان شاؤا باعوه فاذا باعوه ولم يبق لهم تعلق به لان من خير بين شيئين أو بين أشياء فاختار أحدها بطل خياره في غيره وليس له الجمع بين الكل ولو اشتراه بعد ذلك مولاه الذي باعه الغرماء لم يكن لهم على العبد تعلق لان هذا ملك جديد بسبب جديد

تباع في دين الاستهلاك (قوله ويباع كسبه) أي في الدين اه (قوله ظهر وجوبه) أي على العبد اه (قوله في حق المولى) أي الاذن منه اه (قوله سرق) قال في الاصابة في حرف السين سرق بضم أوله وتشديد الراء بعدها قاف وضبطه العسكري بتخفيف الراء وزان عدو وعمر وأنكر على أصحاب الحديث تشديد الراء ويقال اسم أبيه أسد صحابي نزل مصر ويقال كان اسمه الحباب فغيره النبي صلى الله عليه وسلم وعن زيد بن أسلم قال رأيت رجلا شيخا بالاسكندرية يقال له سرق فقلت ما هذا الاسم قال سماني به رسول الله صلى الله عليه وسلم اه مع حذف وذكر في الاصابة في الكنى في ترجمة أبي عبد الله القيني ما نصه أخرج الطبراني من طريق ابن لهيعة عن بكر بن سوادة عن الجيلي عن أبي عبد الرحمن القيني أن سرقا اشترى من رجل برا قدم به فتقاضاه فتغيب عنه ثم ظفر به فأتى به النبي صلى الله عليه وسلم فقال له بع سرقا قال

 فانطلقت به فساومني به أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم ثلاثة أيام بعد الى فأعتقته اه وقال في مجمع البحرين وسرق مثال زبج من الصحابة وهو سرق بن أسد كان اسمه الحباب فسماه رسول الله صلى الله عليه وسلم سرقا اه وفي الجمع في باب الجيم والزبج مثل الحرد اسم طائر يقال له بالفارسية دره براذران اه وفي المغرب وسرق على لفظ جمع سارق اسم رجل وهو الذي باعه رسول الله صلى الله عليه وسلم في دينه وهو حر اه (قوله الذي باعه للغرماء) أي لاجل الغرماء اه

(قوله وقال زفر لا يتعلق الخ) قال الامام علاء الدين العالم في طريقته قال علماؤنا رقبة العبد المأذون تباع بدين التجارة وقال الشافعي لا تباع ثم قال فيها على هذا الخلاف ارش يد العبد وما اكتسبه العبد من الصيد والحطب والحشيش عندنا يصرف الى الدين وعنده لا يصرف وقال الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره في باب الدين يلحق المأذون في التجارة قال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد ما يلحقه من دين من شراء أو بيع أو استئجار استأجره أو غصب أو وديعة أو مضاربة أو بضاعة أو عارية بجحودة (قوله ويسلم للمولى الخ) قال الاتقاني قال شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده في شرح المأذون الكبير قال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد اذا أذن الرجل لعبده في التجارة فاكتسب مالا فأخذه المولى منه هل يجب على المولى رد مثله

على العبد دين أو لم يكن فان لم يكن عليه دين فانه لا يلزمه رد شيء على العبد وان لحق العبد دين بعد ذلك وان كان عليه دين وقت الاخذ كان عليه أن يرد عين ما قبض الى العبد ان كان قائما بعينه وان استهلكه رد عليه مثله اه (قوله استحسانا) قال الاتقاني وجه الاستحسان أن المولى انما لا يملك أخذ كسب عبده المديون اذا لم يعط العبد بازاء ما أخذ عوضا يعدله فاما اذا أعطى بازاء ما أخذ عوضا يعدله فانه يملك ذلك ألا ترى أنه لو اشترى شيأ من كسبه بمثل قيمته وعليه دين جاز ذلك لانه أخذه بعوض يعدله فاذا ثبت هذا نقول غلة المثل أخذها بعوض وهو ما ترك على العبد من الاستخدام فانه كان للمولى أن يستخدم عبده المديون فاذا أخذ منه غلة المثل فقد ترك عليه الخدمة فكان آخذا ما أخذ بعوض يعدله فصح أخذه بخلاف ما زاد على غلة المثل لانه أخذه بغير عوض وانما كان للمولى استخدام عبده المأذون لانه ان كان للغرماء في هذا العبد حق فللمولى فيه ملك فاذا كان مشتركا بين اثنين لا يبطل حق المولى فاذا كان مجرد حق فأولى أن لا يبطل حق المولى في الخدمة اه (قوله وان لم يعلم به أحد من أهل سوقه) وهذا في الحجر القصدي أما اذا ثبت الحجر ضمنا فلا يشترط علم أهل سوقه كما في عزل الوكيل حكما اذا باع المأذون أو وهبه من رجل فقبضه الموهوب له يتحجر حكما ولا يشترط علم أحد اه اتقاني (قوله ولو حجر عليه بحضرة الاقل الخ) قال الاتقاني فاذا باع العبد المأذون له في التجارة واشترى فلحقه دين أو لم يلحقه ثم أراد مولاه أن يحجر عليه فليس يكون الحجر الا في أهل سوقه ولو حجر عليه في بيته ثم باع العبد أو اشترى وهو قد علم بذلك فبيعه وشراؤه جائز

وتبدل الملك كتبدل العين حكما فصار كأنه عبد آخر ولانهم لما اختاروا البيع بطل اختيار غيره على ما بينا ولانهم لما باعوه ملكوا السعاية للمشتري الاول بما أخذوا منه من الثمن وهو ملكه من المولى الاول فقام مقامه فلا يكون لهم الرجوع عليه كما لا يكون لهم الرجوع على المشتري الاول وفي نفقة الزوجة يباع مرارا كلما نفدت لان النفقة تتجدد ساعة فساعة فتكون دينا حادثا بعد البيع ويتعلق دين الغرماء بجميع ما في يده من المال المكتسب بعد الدين وقبله بأي سبب كان وقال زفر لا يتعلق دينه الا بما اكتسبه بطريق التجارة ولا يتعلق بما وهب للعبد أو تصدق به عليه لان وجوب الدين عليه بسبب التجارة فما كان من كسب تجارته تعلق به الدين لاتحاد السبب وما لم يكن من كسب تجارته فهو كسائر أموال المولى قلنا حق العبد مقدم على حق المولى فانه لا يأخذ من كسبه الا الفاضل منه لان العبد من أهل الاستحقاق فلا يسلم للمولى الا بشرط الفراغ عن حاجة العبد لان العبد ليس بأهل للملك فيخلفه كالميت يخلفه وارثه بشرط الفراغ عن حاجته ولا فرق في ذلك بين أن يكون مكتسبا بطريق التجارة أو غيرها كتركة الميت ويسلم للمولى ما أخذ من العبد قبل لحوق الدين لانه حين أخذه منه كان فارغا عن حاجته فيخلص له بمجرد القبض ولو كان المولى أخذ من العبد كل شهر الغلة قبل لحوق الدين كان له أن يأخذ بعد لحوقه غلة مثله استحسانا والقياس أن لا يجوز له ذلك لان حق الغرماء مقدم في كسبه على المولى ووجه الاستحسان ان في أخذه الغلة منفعة للغرماء فانه يتركه على حاله لاجل ما يحصل له من المنفعة ولو لم يأخذ يحجر عليه فينسد عليهم باب الاكتساب فكان ما يأخذ من الغلة كتحصيل الكسب لهم فلا يمنع منه الا اذا أخذ منه أكثر من غلة مثله فيسترد منه الزيادة لانه لو مكن من ذلك لم يحصل غرض الغرماء فلم يكن في أخذه فائدة لهم فيؤخذ فيه بالقياس فيمنع فيقدم فيه حقهم قال رحمه الله (ويتحجر بحجره ان علم به أكثر أهل سوقه) وقال الشافعي رحمه الله حجره صحيح وان لم يعلم به أحد من أهل سوقه وهذا بناء على أن الوكيل ينعزل بعزل الموكل وان لم يعلم عنده وعندنا لا ينعزل حتى يعلم وكذا لا يشترط لصحة الحجر أن يعلم العبد نفسه عنده وعندنا يشترط هو يقول ان المولى تصرف في خالص حقه فينفذ ولا يتوقف على علم غيره ولنا أن حجره عليه لو صح بدون علمهم لتضرروا به لانه ان اكتسب شيأ فالمولى يأخذه وان لحقته دين يقيم البينة أنه كان حجر عليه قبله فيتأخر حقهم الى ما بعد العتق وهو موهوم وليس بمحقق لا يدري أيعتق أم لا ومتى يعتق فيكون غارا لهم فلا يكون محجورا عليه حتى يعلموا دفعا للضرر عنهم ويكتفى بعلم أكثر أهل سوقه والقياس أن لا يكتفى الا بعلم الجميع دفعا للضرر عنهم ووجه الاستحسان أن اعلام الكل متعذر أو متعسر وفيه حرج وهو مندفع فيكتفى بالاكثر لان الاشتهار وهو المقصود يحصل بذلك ولو حجر عليه بحضرة الاقل لم يصر محجورا عليه حتى لو بايعه من علم منهم

(قوله كما يبقى الوكيل على وكالته الخ) ولو خرج العبد الى بلد للتجارة فأتى المولى أهل سوقه فأشهدهم أنه قد حجر عليه والعبد لا يعلم بذلك لم يكن حجرا عليه لان الاصل في الاذن والحجر هو العبد وانما ثبت حكمه في حق غيره تبعا ولم يثبت حكمه في حقه لعدم العلم فكذا في حق غيره ألا ترى أن هذا بمنزلة العزل في حقه وحكم العزل يقف على العلم واذا باع بعد ذلك أهل سوقه أو غيرهم فهو جائز لان حكم الاذن قائم وان علم العبد بذلك بعد يوم أو يومين فهو محجور عليه لان الحجر صحيح الا أنه لم ينفذ لعدم العلم حتى لا يؤدي الى الغرور فبذا اذا علم بمنزلة عزل الوكيل وما اشترى وما باع قبل أن يعلم به فهو جائز لان حكم الحجر مقصور على العلم اه اتقاني وكتب ما نصه واذا أشهد المولى أهل السوق أنه قد حجر على عبده وأرسل اليه رسولا أو كتب اليه كتابا فبلغه الكتاب أو أخبره الرسول فهو محجور عليه لان العلم قد وقع به لان قول الرسول كقول المرسل وكذلك الكتاب من الغائب كالخطاب من الحاضر وسواء كان (٣١١) الرسول عدلا أو غير عدل لان الرسول ينقل كلام المرسل ولو أخبره بذلك رجل لم يرسله مولاه لم يكن حجرا في قول أبي حنيفة حتى يخبره رجلان أو رجل عدل يعرفه العبد وقال أبو يوسف ومحمد ان أخبره بذلك رجل أو امرأة أو صبي أو عبد صار محجورا عليه بعد أن يكون الخبر حقا واذا أذن الرجل لعبده في التجارة فاشترى وباع وهو لا يعلم باذن المولى ولم يعلم به أحد فهو ليس بمأذون ولا يجوز شئ من ذلك لان الاذن لا يسمى اذنا بدون العلم فلو أمر المولى قوما أن يبايعوه فبايعوه والعبد لا يعلم بالاذن كان شراؤه وبيعه جائزا هذا رواية المأذون وفي رواية الزيادات لا يجوز وقال فخر الاسلام في باب بيع الاب والوصي من زياداته رجل قال لرجل بع عبدي هذا من ابني فلان بكذا فذهب فباعه فان أخبر الابن بذلك صار مأذونا وصح البيع وان لم يخبره حتى باعه منه لم يصح وكذلك لو قال اذهب فاشتر عبد ابني منه بكذا وذكر في كتاب الوكالة في موضع كذا وقال في موضع يصح اه اتقاني وكتب أيضا ما نصه واذا أذن المولى لعبده في التجارة فلم يعلم بذلك أحد ولم يبع ولم يشتر حتى حجر عليه بعلم منه غير محضر من أهل سوقه فهو حجر عليه لان هذا اذن خاص ورد عليه حجر خاص فعمل فيه وهذا لانا لو قلنا بأنه لا يعمل فيه لا يؤدي الى الغرور بأحد ولو علموا بذلك قبل أن يتولى حجرت كان الحجر باطلا حتى يحجر في أهل سوقه لانه صار عاما ولو لم يعلم به أحد غير العبد ثم حجر عليه والعبد لا يعلم به فاشترى وباع كان مأذونا والحجر باطل لان حكم الحجر لا يلزمه الا بالاذن اه اتقاني (قوله ولئن سلمنا الخ) وبعض مشايخنا جوزوا ابتداء الاذن للآبق ولم يجوزوا بقاء الاذن فيه واليه ذهب شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي وصححه صاحب الهداية اه اتقاني

منهم ومن لم يعلم جاز البيع لانه لما صار مأذونا له في حق من لم يعلم صار مأذونا له في حق من علم أيضا لان الاذن لا يقبل التخصيص على ما بينا أو نقول ان الحجر لا يتجزأ كما لا يتجزأ الاذن لانه ضده فكان كل واحد منهما لا يقبل التخصيص فترجح جانب الكثرة فيكون الحكم له لان الاكثر يقوم مقام الكل في كثير من الاحكام لا سيما في موضع الاشتهار لانه من الاكثر يحصل الاشتهار حتى يستوعب الكل ولهذا اكتفى بتبليغ الرسالة الى الاكثر حتى لا يعذر أحد بعد ذلك بالجهل بأحكام الشرع بل يلزمه بعد الاسلام وان كان جاهلا بها بخلاف ما اذا كان في موضع لم تبلغه كدار الحرب ويبقى العبد مأذونا له الى أن يعلم بالحجر كما يبقى الوكيل على وكالته حتى يبلغه العزل ولانه لو انحجر من غير علمه لتضرر بتصرفه بعد الحجر ولزوم قضاء ما لزمه به بعد الحرية من خالص ماله وهو لم يرض به وانما يشترط أن يكون الحجر شائعا فيما اذا كان الاذن شائعا أما اذا لم يعلم بالاذن الا العبد ثم حجر عليه بعلم العبد صار محجورا عليه لعدم الاضرار بأحد قال رحمه الله (وعمود سيده وجنونه ولحوقه بدار الحرب مرتدا) أي يصير محجورا عليه بهذه الاشياء علم العبد أو لم يعلم لان الاذن غير لازم وما لا يكون لازما من التصرف يعطى لدوامه حكم الابتداء كأنه يأذن له ابتداء في كل ساعة لتمكنه من الفسخ والحجر عليه في كل ساعة فتركه على ما كان عليه كانشاء الاذن فيه فيشترط قيام الاهلية في تلك الحالة كما يشترط في الابتداء وقد زالت الاهلية بالموت والجنون وكذا باللحاق لانه موت حكما حتى يعتق مدبروه وأمهات أولاده ويقسم ماله بين ورثته فصار محجورا عليه في ضمن بطلان الاهلية فلا يشترط فيه علمه ولا علم أهل سوقه لان الحجر حكمي فلا يشترط فيه العلم كانعزال الوكيل بهذه الاشياء وبافتراق الشريكين وكما اذا أخرجه المولى عن ملكه وكالشركة المفاوضة تبطل بملك أحدهما مالا تصح فيه الشركة وتصير عنانا وان كان أحدهما لا يملك ابطالها والمراد بالجنون المطبق وقد ذكرناه في الوكالة والاختلاف فيه قال رحمه الله (وبالاباق) أي وبالاباق أيضا يصير محجورا عليه حكما حتى لا يشترط أن يعلم أهل سوقه كما في الجنون وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يكون محجورا عليه بالاباق لان الاباق لا ينافي ابتداء الاذن ألا ترى أنه اذا أذن لعبده المحجور عليه الآبق صح وجاز للعبد أن يتجر اذا بلغه فلأن لا يمنع بقاءه وهو دونه أولى فصار كما اذا غصب وهذا لان صحة الاذن باعتبار ملك المولى وقيام رأيه ولم يختل ذلك بالاباق فكيف يصير محجورا عليه بخلاف ما اذا جن المولى والجنون على ما بينا ولنا أن المولى لم يرض بتصرف عبده المتمرد الخارج عن طاعته عادة فكان حجرا عليه دلالة والحجر ما يثبت بالدلالة كالاذن والاباق يمنع الابتداء عندنا على ما ذكره شيخ الاسلام المعروف بخواهرزاده فلنا أن نمنع ولئن سلمنا

فالدلالة ساقطة العبرة مع التصريح بخلافها وأما الغصب فان كان المولى يتمكن من أخذه بان كان الغاصب مقرا بالغصب أو كان للمالك بينة يمكنه أن ينتزعه من يد الغاصب وينتزع كسبه فيجوز أن يأذن له ابتداء فكذا بقاء دلالة وان كان لا يتمكن من أخذه بان كان الغاصب جاحدا ولم يكن للمالك بينة يمتنع الاذن ابتداء فكذا بقاء لعدم ما يدل عليه ولو عاد من الآباق فالصحيح أن الاذن لا يعود قال رحمه الله (والاستيلاد) أي الامة المأذون لها تصير محجورا عليها باستيلادها المولى وقال زفر رحمه الله لا تصير محجورا عليها وهو القياس لان المولى اذا أذن لام ولده ابتداء يجوز فكذا بقاء وجه الاستحسان أن العادة جرت بتحصين أمهات الاولاد وأنه لا يرضى بخروجها واختلاطها بالرجال في المعاملة والتجارة ودليل الحجر كصريحه كما قلنا بخلاف ما اذا أذن لام ولده صريحا لان الصريح يفوق الدلالة فكان أولى بالاخذ به ونظيره اذا قدم مائدة لانسان يكون اذنا منه بالاكل حتى حل له التناول ثم اذا نهاه صريحا عن الاكل لا تعتبر الدلالة قال رحمه الله (لا بالتدبير) يعني المأذون لها لا تصير محجورا عليها بالتدبير لان العادة لم تجر بتحصين المدبرة فلم يوجد دليل الحجر فبقيت على ما كانت اذ لا تنافي بين حكمي التدبير والاذن لان حكم التدبير انعقاد حق الحرية في الحال وحقيقة الحرية في المآل وحكم الاذن فك الحجر وحق الحرية لا يمنع فكاك الحجر قال رحمه الله (وضمن بهما قيمتهما للغرماء) أي ضمن المولى بالاستيلاد والتدبير قيمتهما لانه أتلف بالتدبير والاستيلاد محلا تعلق به حق الغرماء لانه بفعله امتنع بيعهما وبالبيع يقضى حقهم قال رحمه الله (وان أقر بما في يده بعد حجره صح) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله سواء أقر بأنه أمانة عنده أو غصب أو أقر بدين فيقضيه منه وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يصح اقراره وهو القياس لان المصحح لاقراره هو الاذن وقد زال بالحجر ويده على أكسابه قد بطلت بالحجر لان يد المحجور عليه غير معتبرة فصار كما اذا أخذه المولى من يده بعد حجره عليه قبل اقراره أو ثبت حجره بالبيع ونحوه أو كان عليه دين مستغرق لما في يده قبل الحجر فأقر بعد الحجر بدين آخر أو كان الذي في يده من المال حصله بعد الحجر بالاحتطاب ونحوه ولهذا لا يصح اقراره في حق رقبته بعد الحجر عليه حتى لا تباع رقبته بالدين بالاجماع ولا يلزم على هذا عدم أخذ المولى ما أودعه عبده الغائب المحجور عليه لان منع المولى من أخذه هنالك فيما اذا لم يعلم أنه كسب العبد حتى اذا علم أنه كسبه كان له أن يأخذه ووجه الاستحسان أن المصحح للاقرار قبل الحجر عليه هو اليد ولهذا لا يصح اقراره قبل الحجر عليه فيما أخذه المولى واليد باقية حقيقة وشرط بطلانها بالحجر حكما فراغ ما في يده من الاكساب عن حاجته واقراره دليل على تحققها بخلاف ما اذا انتزعه المولى من يده قبل الاقرار لان يده قد زالت عنه ويد المولى ثابتة فيه حقيقة وحكما فلا تبطل باقراره وبخلاف اقراره بعد ما باعه المولى من غيره لانه بالدخول في ملك غيره صار كعين آخر لما عرف أن تبدل الملك كتبدل العين فصار اقراره كاقرار عبد آخر فلا يقبل فيما في يده كما لا يقبل فيما أخرجه من يده وبخلاف ما اذا كان عليه دين مستغرق لما في يده وقت الحجر عليه لان حق أصحاب الديون تعلق بما في يده فلا يقبل اقراره في ابطال حقهم فيقدمون على المقر له كالمريض يقر بدين وعليه دين في صحته فان اقراره لا يقبل في حق غرمائه فيقدمون عليه وبخلاف ما اكتسبه بعد الحجر لان حقهم لم يتعلق به لما أن حق الغرماء لم يتعلق بكسب المحجور عليه وبخلاف رقبته لانها ليست في يده ولان ملك المولى في الرقبة ثابت حتى ينفذ فيها اعتاقه وان كان على العبد دين مستغرق فلا يملك ابطاله بخلاف ما في يده من الاكساب فان المولى لا يملكه اذا استغرقه الدين ويد العبد فيه ثابتة حقيقة ولو ارتفعت لارتفعت حكما للحجر وشرط ارتفاعه بالحجر أن لا يكون عليه دين ألا ترى أن المولى ممنوع عن ابطال يد العبد ما دام عليه دين حتى يوفيه ولما كان شرط ولاية ابطال يد العبد عدم الدين لا يحكم بنفاذ الحجر في حق زوال يد العبد عما في يده ما لم يثبت عدم الدين بدليله ولا يكتفى بثبوت عدم الدين لعدم دليل وجوده كمن قال لعبده ان لم أدخل الدار اليوم فأنت حر فمضى اليوم لم يعتق اذا ادعى المولى الدخول وان كان الاصل عدم الدخول

(قوله فيجوز أن يأذن له الخ) قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي فان بايعه رجل ثم اختلفا فقال المولى كان آبقا وقال الذي بايعه لم يكن آبقا لم يصدق المولى على اباقه الا ببينة لانه يدعي الحجر بعد الاذن ولان الظاهر يشهد للآخر لان الغالب في العبيد الانقياد والطاعة دون التمرد فان أقام المولى البينة انه أبق منه الى موضع كذا وأقام الذي بايعه البينة ان المولى أرسله الى ذلك الموضع ليشتري فيه ويبيع فالبينة بينة الذي بايع العبد أيضا والقياس أن تكون البينة بينة المولى لانه هو المدعي ألا ترى أن القول قول الآخر ولكن نقول بأن بينة الذي بايع العبد أكثر اثباتا لانه يثبت طاعة العبد وكونه مأذونا ظاهرا وفي الحقيقة غرضه اثبات استحقاق رقبته بالدين والمولى يثبت الاباق ظاهرا وفي الحقيقة غرضه نفي الاستحقاق والبينات حجة للمدعين فكان قبول بينة من هو مدع من كل وجه أولى اه اتقاني (قوله فالصحيح أن الاذن لا يعود) أي لانه زال ولاية البيع بالاباق فيعتبر بما لو زال ولاية البيع بزواله عن ملكه ولو زال ولاية بيع المولى بزوال ملكه ثم عاد العبد الى قديم ملكه لا يعود مأذونا فكذا هذا اه اتقاني

(قوله ويغرم قيمته للغرماء) أي ان كان المولى موسرا وان كان معسرا فللغرماء أن (٣١٣) يضمنوا العبد المعتق ويرجع هو بذلك على المولى وبه صرح الكرخي في مختصره اه اتقاني (قوله على ما يجيء تقريره من بعد) أي في كتاب القسمة اه تقدم في آخر كتاب الصلح اه (قوله فليس له أن يبطل حقهم) اعلم أن العبد المأذون المديون اذا باع من مولاه شيأ بمثل قيمته جاز باتفاق أصحابنا جميعا لان البيع مفيد أما عند أبي حنيفة فلانه يفيد ملك الرقبة والتصرف في الكسب لان دين العبد يمنع ملك المولى في الكسب والبيع أفاد الملك فيه وأما عند أبي يوسف ومحمد فلانه يستفيد ملك اليد والتصرف في كسب العبد ويجوز أن يثبت العبد على مولاه دين لانه مفيد لحق الغرماء كما يثبت الملك له في كسبه ولهذا لو استهلك المولى شيأ من كسب عبده المأذون المديون يضمنه للعبد فصار كبيع المضارب بمال المضاربة من رب المال لانه يفيد التصرف بخلاف ما اذا لم يكن على العبد دين حيث لا يجوز بيعه من مولاه لانه ليس عفيد لانه مولاه ملك ولا رقبة وتصرفا هذا اذا باعه بمثل القيمة أما اذا باعه من مولاه بأقل من قيمته بأن حابى في الثمن لم يجز وأم لا أطلق القدوري الجواب في مختصره بلا ذكر الخلاف فقال وان باعه بنقصان لم يجز وقال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي والعبد المأذون له في الشفعة فيما بينه وبين مولاه وبين غيره كالحربي بيانه أن المولى اذا باع دارا بجنب دار

وهو ثابت لعدم دليل الدخول لان عدمه لما جعل شرط الثبوت العتق لم ينفذ العتق بالعدم الثابت لعدم دليل الوجود فكذا هذا وهو الذي يقوله الفقهاء الظاهر لا يصلح للاستحقاق ويصلح للدفع وهو استصحاب الحال واذا لم يثبت الحجر بمثل هذا العدم في حق ما في يده بقي الاذن على حاله في حقه كأنه لم يحجر عليه قال رحمه الله (ولا يملك سيده ما في يده ولا حط دينه عماله ورقبته فبطل تحريره عبدا من كسبه) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يملك ما في يده من كسبه وينفذ عتقه في عبده ويغرم قيمته للغرماء لانه يملك المأذون له فيملك كسبه بالضرورة لان ملك الرقبة سبب لملك كسب الرقبة لان الرقبة أصل وكسبه فرع واستغرقهما بالدين لا يوجب خروج المأذون له عن ملكه حتى لو أعتقه نفذ عتقه فيه وملك وطء المأذون لها فكذا كسبه الذي في يده لانه يتبع أصله فيكون مثله وتعلق حق الغرماء به استيفاء لا يوجب خللا في ملكه ولو أوجب لما حصل وطء المأذون لها اذ الوطء لا يحل بدون كمال الملك بخلاف الوارث اذا أعتق عبدا في التركة وهي كلها مشغولة بالدين حيث لا ينفذ العتق لان انتقال الملك الى الوارث عند استغنائه عنه نظرا له ولهذا يقدم في الارث الاقرب فالاقرب لان الصرف الى الاقرب أنفع له فاذا كان عليه دين كان النظر له في الصرف الى قضاء الدين دون النقل الى الورثة فلا يملكونه ولابي حنيفة رضي الله عنه أن ملك المولى انما ثبت في كسب العبد التاجر خلافة عنه عند فراغه عن حاجته كملك الوارث على ما بيناه والمحيط به الدين مشغول بحاجته فلا يخلفه فيه ولا يدخل في ملكه فلا يعتق باعتاقه لانه لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم بخلاف رقبته لان المولى لا يخلفه في ملك رقبته بل كان مالكا له من قبل الاذن فبقي ملكه بعد الدين على ما كان قبله وهو نظير المكاتب فان المولى يملك رقبته حتى يعتق باعتاقه ولا يملك ما في يده من أكسابه حتى لا ينفذ عتاقه فيه فاذا نفذ عتقه في رقبة المأذون له عنده وعندهما فيه وفي كسبه يغرم المولى للغرماء قيمته لانه أتلف بالاعتاق ما تعلق باستهلاكهم وكذا لو أتلف المولى ما في يده من العبد يضمن لما ذكرنا لكن يضمن قيمته للحال عندهما لانه ملكه وانما تمنع لتعلق حق الغير به وعنده في ثلاث سنين لانه ضمان جناية لعدم ملكه ولو اشترى ذا رحم محرم من المولى لم يعتق عنده لعدم الملك وعندهما يعتق ولو استولد جارية عبده المأذون له وعليه دين مستغرق صارت أم ولده ويضمن قيمتها ولا يضمن عقرها ولا قيمة ولدها وهذا بالاتفاق لان عندهما ملكه باق حقيقة وعنده صادف حق الملك ولهذا لا يجوز للمولى أن يزوجها ولو أعتقها المولى وعلى العبد دين مستغرق ثم وطئها أولادت عتقت بالاستيلاد وعليه العقر لها ويثبت نسب الولد منه عند أبي حنيفة رضي الله عنه لان العتق توقف عنده على أن ينفذ عند غلك الجارية ألا ترى انه لو قضى دين الغرماء أو أبرأ الغرماء العبد عن ديونهم حتى ملك الجارية نفذ عتقه فكذا اذا ملك الجارية بالاستيلاد ذكره في المحيط قال رحمه الله (وان لم يحط صح) أي وان لم يحط الدين برقبته وبما في يده جاز عتقه وهذا بالاجماع أما عندهما ظاهر وكذا عنده في قوله الآخر وفي قوله الاول لا يملك فلا يصح اعتاقه لان الدين متعلق بكسبه وفي حق التعلق لا فرق بين القليل والكثير كما في الرهن وجه قوله الآخر أن الشرط هو الفراغ وبعضه فارغ وبعضه مشغول فلا يجوز أن يمنع الملك في الكل لان شرط عدم الملك لم يوجد في الكل ولا يجوز أن يمنع بقدره لان البعض ليس بأولى من البعض فيثبت الملك في الكل ولانه لا يخلو عن قليل دين ولو جعل القليل مانعا لانسد باب الانتفاع بكسب عبده فيحتمل ما هو المتصود من الاذن وأصله أن استغراق التركة بالدين يمنع ملك الوارث في التركة وان كان غير مستغرق في قول أبي حنيفة رحمه الله الاول كذلك وفي قوله الآخر يملك الوارث جميع التركة على ما يجيء تقريره من بعد ان شاء الله تعالى قال رحمه الله (ولا يصح بيعه من سيده الا بمثل القيمة) لان لا تهمة في البيع بمثل القيمة فيجوز وبأقل منه فيه تهمة فلا يجوز وهذا لان حق الغرماء تعلق بالمالية فليس له أن يبطل حقهم بخلاف ما اذا

العبدان لم يكن على العبد دين فلا شفعة له لانه لو أخذه كان لمولاه والاصل أن كل من باع أو يبيع له فلا شفعة له وان كان عليه دين أخذ الدار بالشفعة وكذلك لو باع العبد دارا والمولى شفيعها ان كان العبد لا دين عليه فلا شفعة له لانه بيع له وان كان عليه دين فله الشفعة ولو اشترى العبد دارا والمولى شفيعها فان لم يكن عليه دين فالدار للمولى ولا حاجة الى الاخذ بالشفعة وان كان عليه دين فله أن يأخذها بالشفعة ولو أن المولى باع دارا من العبد ان لم يكن عليه دين فلا يكون بيعا وان كان عليه دين فالبيع جائز ويأخذ الشفيع ان كان بمثل قيمته أو أقل وان كان أكثر من قيمته فالبيع باطل عند أبي حنيفة ولا شفعة فيه وقال أبو يوسف ومحمد المولى بالخيار ان شاء أبطل الزيادة ويجوز البيع ويأخذ الشفيع بما سلم العبد وان شاء رد البيع فلا شفعة للشفيع الا أن يأخذ بجميع الثمن وان كان على العبد دين فباع دارا من المولى ان كان أكثر من قيمته أو مثلها جاز ويأخذ الشفيع الدار بالشفعة وان كان أقل من قيمته فالبيع فاسد عند أبي حنيفة ولا شفعة فيها وعندهما الحاباة لا تجوز (٢١٤) ويأخذ الشفيع الدار بالقيمة ان شاء الى هنا لفظ شرح الطحاوي اه اتقاني

حابى الاجنبي عند أبي حنيفة رحمه الله لانه لا تهمة فيه وبخلاف ما اذا باع المريض عينا من وارثه بمثل قيمتها حيث لا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله لان المريض ممنوع عن ايثار بعض الورثة بالعين لان الناس لهم أغراض في العين فلا علك ايثار بعض الورثة بها وفي حق غيرهم ممنوع عن ابطال المالية حتى كان له أن يبيع جميع ماله بمثل القيمة وبأقل منه الى ثلثي القيمة اذا لم يكن عليه دين لان له أن يحابي بقدر الثلث كما يجوز له أن يتبرع به وبعد موت المريض الغرماء أحق بالمالية والورثة أحق بالعين حتى كان لهم أن يستخلصوها بالقيمة وكذا لبعضهم اذا سلم البعض وهذا الحق لهم في التركة حتى المولى في مال عبده المأذون له المديون حتى كان له استخلاصه بالقيمة وحق الغرماء في الموضعين لم يتعلق الا بالمالية حتى لا يكون لهم الاستخلاص بالقيمة أصلا وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله ان باعه من المولى جاز البيع فاحشا كان الغبن أو يسيرا ولكن يخير بين أن يزيل الغبن وبين أن ينقض البيع لان في المحاباة ابطال حق الغرماء في المالية فيتضررون به بخلاف البيع من الاجنبي بالغبن اليسير حيث يجوز عندهما ولا يؤمر المشتري بازالته والمولى يؤمر بازالته لان البيع باليسير من الغبن متردد بين التبرع والبيع لدخوله تحت تقويم المقومين فاعتبرناه تبرعا في البيع من المولى للتهمة غير تبرع في حق الاجنبي لانعدامها وبخلاف ما اذا باع من الاجنبي بالكثير من المحاباة حيث لا يجوز أصلا عندهما ومن المولى يجوز ويؤمر بازالة المحاباة لان المحاباة لا تجوز من العبد المأذون له على أصلهما الا باذن المولى ولا اذن في البيع من الاجنبي وهو آذن فيما يشتريه بنفسه غير أن ازالة المحاباة لحق الغرماء واختلفوا في قول أبي حنيفة رضي الله عنه قيل يفسد البيع لان رد هذا البيع للتهمة فأشبه بيع المريض من وارثه بخلاف بيعه له بمثل القيمة حيث يجوز لانه لا تهمة فيه بخلاف بيع المريض من وارثه بمثل القيمة عنده حيث لا يجوز لما ذكرنا والاصح أن قوله كقولهما لان المولى بسبيل من تخليص كسبه لنفسه بالقيمة دون البيع فلا يكون له ذلك بالبيع أولى فصار تصرفه مع مولاه كتصرف المريض المديون مع الاجنبي والغبن الفاحش واليسير سواء عنده كقولهما قال رحمه الله (وان باع سيده منه بمثل قيمته أو أقل صح) لان المولى أجنبي عن كسبه عنده اذا كان عليه دين والكلام فيه لانه لا علك كسبه فيخرج المبيع عن

ملكه وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي والصحيح أنه يصح على قول الكل لان المولى بسبيل من تخليص كسبه لنفسه بالقيمة بدون البيع فلأن يكون ذلك بالبيع أولى ولو كان المولى أخذه واستهلكه فعليه الثمن وتمام القيمة لان المولى مخير بين تتميم القيمة وبين نقض البيع فتى استهلكه تعذر نقضه فلزمه تتميم القيمة اه غاية قال الكاكي رحمه الله وفي الكافي هذا الذي ذكرنا قول بعض المشايخ وهو قوله وان باعه بنقصان لم يجز عندهما ويخير المولى الخ والصحيح أن قوله كقولهما لان المولى بسبيل من تخليص كسبه لنفسه بالقيمة بدون البيع فلأن يكون ذلك بالبيع أولى وصار العبد في تصرفه مع مولاه كالمريض المديون مع الاجنبي وفي المبسوط لم يجز عندهما أيضا كالمريض المديون مع الاجنبي والاصح أن هذا قولهم جميعا لان العبد مع المولى كالمريض مع الاجنبي وهكذا ذكره في مبسوط الاسبيجابي وفي النهاية ماذكر في الكتاب وان باعه بنقصان لم يجز عنده وقال أبو يوسف ومحمد ان باعه بنقصان يجوز البيع ويخير المولى الخ وقع على غير الاصح اه

رحمه الله تعالى (قوله حتى كان لهم أن يستخلصوها بالقيمة) سيأتي في آخر كتاب الوصية قبيل كتاب الخنثى أن للوارث أن يستخلص التركة بقضاء الدين من محل آخر فراجعه اه (قوله ولكن يخير بين أن يزيل الغبن) أي الفاحش واليسير أيضا اه (قوله وبين أن ينقض البيع) فأما على قول أبي حنيفة فالبيع لا يجوز وان بلغ المولى الثمن الى تمام القيمة اه غاية (قوله بخلاف بيع المريض من وارثه بمثل القيمة عنده الخ) قال في الخلاصة وهو تنظير اختلافهم في بيع المريض عينا من وارثه أنه لا يجوز عندهما أصلا وعنده لا يجوز المحاباة والجامع التهمة وفرق بينهما أبو حنيفة في حكم وهو أن البيع بمثل القيمة ههنا يجوز وفي المريض لا يجوز لان نفس الايثار بالعين فيه تهمة والتهمة ههنا في النقصان

(قوله أو قبض المبيع بغير اذن المولى) وهذا يأتي على قوله ما الانه ملكه عندهما اه من خط الشارح (قوله وعن أبي يوسف أن للمولى أن يأخذ الثمن وفي رواية له الخ اه اتقاني (قوله ولو باع المولى شيأ من العبد الخ)

ملكه فيصح كما في الاجنبي وعندهما جواز البيع يعتمد الفائدة وقد وجدت فان المولى يستحق أخذ الثمن والعبد المبيع فثبت لكل واحد منهما ما لم يكن ثابتا قبل ذلك فأفاد قال رحمه الله (ويبطل الثمن لو سلم قبل قبضه) أي لو سلم المولى المبيع قبل قبض الثمن بطل الثمن فلا يطالب العبد بشيء لانه بتسليمه المبيع سقط حقه في الحبس ولا يحبس له على عبده دين فخرج مجانا بخلاف ما اذا كان الثمن عرضا حيث يكون المولى أحق به من الغرماء لانه تعين بالعقد فملكه به عنده وعندهما تعلق حقه بعينه فكان أحق به من الغرماء اذ هو ليس بدين يجب في ذمة العبد ويجوز أن يكون عين ملكه في يد عبده وهو أحق به من الغرماء كما لو غصب العبد شيأ من ماله أو أودع ماله عند عبده أو قبض المبيع بغير اذن المولى وبخلاف ما اذا باع العبد من سيده فسلم اليه المبيع قبل قبض الثمن حيث لا يسقط الثمن لانه يجوز أن يثبت للعبد المأذون له المديون دين على مولاه ألا ترى أنه لو استهلك المولى شيأ من اكساب عبده المديون ضمن للعبد هذا جواب ظاهر الرواية وعن أبي يوسف رحمه الله أن للمولى أن يسترد المبيع ان كان قائما في يد العبد ويحبسه حتى يستوفي الثمن لان المولى لم يسقط حقه من العين الا بشرط أن يسلم له الثمن ولم يسلم فبقي حقه في العين على حاله فيمكن من استرداده مابقي العين قائما في يده لانه يجوز أن يكون العين المملوك للمولى في يد عبده فكذا يجوز أن يكون له ملك اليد فيه وأما بعد استهلاكه فقد صار دينا فلا يمكن ايجابه على عبده قال رحمه الله (وله حبس المبيع بالثمن) أي للمولى حبس المبيع حتى يستوفي الثمن من العبد لان المبيع لا يزيل ملك اليد ما لم يصل اليه الثمن فيبقى ملك اليد للمولى على ما كان عليه حتى يستوفي الثمن ولهذا كان أخص به من سائر الغرماء ولان الدين تعلقا بالعين لانه يقابل بها ويسلم بسلامتها فكان له شبه بالعين المقابل له فيكون للمولى حق فيه لتعلق حقه بالعين ولهذا يستوجب بدل الكتابة على المكاتب لما أنه مقابل برقبته مع انه لا يجب له على عبده دين بخلاف ما اذا سلم المولى المبيع أولا حيث يسقط دينه لذهاب تعلق حقه بالعين فيصير الثمن دينا مطلقا فيسقط ولو باع المولى شيأ من العبد بأكثر من قيمته يؤمر بازالة المحاباة أو نقض البيع قليلة كانت المحاباة أو كثيرة لان الزيادة تعلق بها حق الغرماء كما بينا في جانب العبد بخلاف ما اذا اشترى من غير المولى حيث يجوز باليسير من المحاباة عندهما وعنده يجوز مطلقا والمعنى قد بيناه وقوله يؤمر بازالة المحاباة يدل على أن البيع وقع جائزا ويجوز أن يكون على الروايتين عند أبي حنيفة رحمه الله على ما بيناه هذا كله فيما اذا كان على العبد دين وان لم يكن عليه دين لا يتجوز مبايعته مع المولى لعدم الفائدة لان الكل ماله ولا حق فيه لغيره قال رحمه الله (وصح اعتاقه) أي جاز اعتاق المولى عبده المأذون له المستغرق بالدين وهذا بالاجماع لقيام ملكه فيه وانما الخلاف في أكسابه بعد الاستغراق بالدين وقد بيناه قال رحمه الله (وضمن قيمته لغرمائه) أي المولى ضمن قيمة العتق لغرمائه لانه أتلف ما تعلق به حقهم بيعا واستيفاء من ثمنه ولا وجه لرد العتق لانه لا يقبل الفسخ أو جبنا الضمان عليه دفعا للضرر عن الغرماء بخلاف ما اذا كان المأذون له مدبرا أو أم ولد حيث لا يجب الضمان باعتاقهما للغرماء لان حق الغرماء لم يتعلق برقبتهما استيفاء بالبيع فلم يكن المولى متلفا حقهم فلم يضمن شيأ وان كان الدين أقل من القيمة ضمن الدين لا غير لانه حقهم وان كان الدين أكثر من قيمته ضمن قيمته بالغة ما بلغت لان حقهم تعلق بعاليته فيضمنها كما اذا أعتق الراهن المرهون بخلاف ضمان الجناية على العبد حيث لا يبلغ بدية الحر لان القيمة هناك بدل الآدمي من وجه فلا يبلغ بديته الحر وكذا هنا لا يختلف بين ما اذا علم المولى بالدين أو لم يعلم بمنزلة اتلاف مال الغير لما تعلق به حقهم بخلاف اعتاق العبد الجاني حيث يجب على المولى جميع الارش ان كان اعتاقه بعد علمه بالجناية لان الواجب فيها على المولى وهو مخير بين

يؤمر بازالة المحاباة أو بنقض البيع كما بينا في جانب العبد لان الزيادة تعلق بها حق الغرماء اه (قوله كما بينا) اشارة الى قوله ويخير المولى بين ازالة المحاباة الخ فصاحب الكتاب أطلق لفظ المحاباة هناك من غير ذكر خلاف وهذا وقع على اختيار صاحب المبسوط من الاصح كما قررنا أما على اختيار صاحب الكتاب وهو رواية مبسوط شيخ الاسلام هذا البيع لا يجوز أصلا عند أبي حنيفة فلا يرد التخيير عنده وعندهما يجوز البيع مع التخيير وفي الكافي ويحتمل أن يكون البيع فاسدا عند أبي حنيفة على قول بعض المشايخ كما في الفصل الاول اه (قوله في المتن وصح اعتاقه) قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي المولى اذا أعتق عبده المديون جاز عتقه لان ملكه باق فيه والغرماء بالخيار ان شاؤا اتبعوا العبد بالدين وان شاؤا اتبعوا المولى بأقل من قيمته ومن الدين سواء كان عالما بالدين أو لم يكن عالما اه اتقاني رحمه الله (قوله لان الواجب فيها على المولى) أي لانه عاقله الا أنه كان يتخلص منه بالدفع فبالعتق أبطل حق الدفع فصار مختارا للدية ان كان عالما أما في الدين فهو في ذمة العبد ألا ترى أنه يباع فيه والمولى أبطل حق البيع ولو بيع لا يكون الا قدر القيمة لانه لا يشترى في الظاهر بأكثر من القيمة فلذلك لزمته القيمة وفي مسئلتنا لو اختاروا اتباع المولى لا يكون لهم ولو اختاروا اتباع العبد لا يكون في

ذلك ابراء للمولى بخلاف الغاصب وغاصب الغاصب اذا اختار المغصوب منه تضمين أحدهما انقطع حقه من الآخر والفرق بينهما أن هناك وجب على كل منهما بطريق الاصالة فاذا ضمن أحدهما فقد ملكه فبعد التمليك لا علك الرجوع عنه وأما هنا الدين وجب على العبد الأنه وجب على المولى على سبيل الكفالة اذ ليس في هذا التضمين تمليك الدين من المولى فثبت أنه كالكفيل ومن طالب الكفيل أو المكفول عنه لا يكون في ذلك ابراء عن الآخر فلذلك افترقا ولو اختار بعضهم اتباع العبد وبعضهم اتباع السيد فالذي يتبع العبد يأخذه بجميع الدين لان الدين عليه (٢١٦) والذي يتبع المولى يأخذ منه جميع حقه اذا كان حقه مثل القيمة وما يأخذون من

الدفع والفداء فيكون مختارا للفداء لا الاعتاق عالما ولا كذلك هنا لان المولى ليس عليه شيء وانما يضمن باعتبار تفويت حقهم كاتلاف مال الغير وذلك لا يختلف بين العلم وعدمه وكذا لو كان الجاني مدبرا أو أم ولد يجب على المولى قيمته ليجزه عن دفعه بفعله من غير أن يصير مختارا وهنا لا يجب لما بينا قال رحمه الله (وطولب بما بقي لغرمائه بعد عتقه) أي لغرمائه أن يطالبوه بعد الحرية ان بقي من دينهم شيء ولم تف به القيمة لان الدين مستقر في ذمته لوجود سببه وعدم ما يسقطه والمولى لا يلزمه الا قدر ما أتلف فبقي الباقي عليه كما كان فيرجع به عليه ولهذا كان لهم أن يتبعوا العبد بالكل ويبرؤا المولى عنه لان دينهم عليه واذا اختاروا اتباع أحدهما لا يبرأ الآخر كالكفيل مع المكفول عنه بخلاف الغاصب مع غاصب الغاصب لان هناك الضمان واجب له على أحدهما فاذا اختار تضمين أحدهما برئ الآخر ضرورة وهنا وجب على كل واحد منهما مادين على حدة ولو أعتقه المولى باذن الغرماء فلهم أن يضمنوا مولاه القيمة وليس هذا كاعتاق الراهن باذن المرتهن وهو معسر لانه قد خرج من الرهن باذنه والعبد المأذون له لا يبرأ من الدين باذن الغريم ذكره في المحيط قال رحمه الله (وان باعه سيده وغيبه المشتري ضمن الغرماء البائع قيمته) لانه متعد ببيعه وتسليمه الى المشتري قال رحمه الله (وان رد عليه بعيب رجع بقيمته وحق الغرماء في العبد) أي اذا رد المشتري العبد على البائع بالعيب بعد ما ضمنه الغرماء قيمته رجع المولى بقيمته على الغرماء وكان حق الغرماء في العبد لان سبب الضمان قد زال وهو البيع والتسليم فصار كالغاصب اذا باع وسلم وضمن القيمة ثم رد عليه بالعيب كان له أن يرد المغصوب على المالك ويرجع عليه بالقيمة التي دفعها اليه هذا اذا رده عليه قبل القبض مطلقا أو بعده بقضاء لانه فسخ من كل وجه وكذا اذا رده عليه بخيار الرؤية أو الشرط وان رده بعيب بعد القبض بغير قضاء فلا سبيل للغرماء على العبد ولا للمولى على القيمة لان الرد بالتراضي اقالة وهي بيع في حق غيرهما وان فضل من دينهم شيء رجعوا به على العبد بعد الحرية قال رحمه الله (أو مشتريه) أي أو ضمنوا مشتريه وهو معطوف على البائع فتقديره وان باعه سيده وغيبه المشتري ضمن الغرماء البائع وهو المولى قيمته أو ضمنوا مشتري العبد قيمته لان كل واحد منهما متعد في حق الغرماء البائع مما ذكرنا والمشتري بالشراء والقبض والتغييب قال رحمه الله (أو أجازوا البيع وأخذوا الثمن) أي الغرماء ان شاؤا أجازوا البيع وأخذوا ثمن العبد ولا يضمنوا أحدا القيمة لان الحق لهم والاجازة اللاحقة كالاذن السابق كما اذا باع الراهن الرهن ثم أجاز المرتهن البيع بخلاف ما اذا كفل عن غيره بغير أمره ثم أجاز لانها وقعت غير موجبة للرجوع ولم يتوقف نفاذ الكفالة ولزومها على الاجازة بل نفذت على الكفيل غير موجبة للرجوع فلا تنقلب موجبة له ولا كذلك ما نحن فيه فحاصله أن الغرماء مخيرون بين ثلاثة أشياء اجازة البيع وتضمين أيهما شاؤا ثم ان ضمنوا المشتري رجع المشتري بالثمن على البائع لان أخذ القيمة منه كأخذ العين وان ضمنوا البائع سلم المبيع للمشتري وتم البيع لزوال المانع وأيهما اختاروا تضمينه برئ الآخر حتى لا يرجعوا عليه وان توبيت القيمة عند الذي اختاره ولان الخيار

المولى يكون بينهم بالشركة وان لم يكن أصل الدين بالشركة لانه ثبت حقهم في القيمة فصار كالمشترك بينهم وما يأخذه من العبد لا يكون بينهم بالشركة الا اذا كان أصل الدين بالشركة هذا اذا أعتقه ولو لم يعتقه ولكن دبره فالغرماء أيضا بالخيار ان شاؤا اتبعوا المدبر بدينهم فيستسعونه في الدين وان شاؤا اتبعوا المولى بقدر قيمته وفي اختيار أحدهما ابراء الآخر لان المدبر يكون كسبه للمولى فلم يكن تحت التضمين تمليك فلذلك افترقا وفرق آخر بين هذا وبين العتق وهو أن كل ما يأخذ كل واحد منهم من المدبر يكون بينهم بالشركة وفي العتاق لا يكون والفرق بينهما أن هذا كسب العبد والعبد ليس له أن يقضي غريما دون غريم كذلك وأما العبد اذا أعتق صار حرا فله أن يقضي غريما دون غريم (قوله فيكون مختارا للفداء لا الاعتاق عالما) أي وان كان غير عالم لم يلزمه شيء الا قدر القيمة لا غير اه اتقاني (قوله فصار كالغاصب اذا باع الخ) قال الاتقاني قالوا هذا كالغاصب اذا باع وضمن أنه ينفذ بين البيع حتى لو رد عليه بالعيب سلم له وكان له أن يرده على المغصوب منه لانه اذا ضمن قيمته سلما ولم يعلم بالعيب ثبت حق الرد بالعيب واسترداد القيمة لانه انعقد بينهما حكم البيع وكذلك هنا اه (قوله هذا اذا رده عليه قبل القبض) المسألة مفروضة فيما اذا غيبه المشتري بعد قبضه فكيف يصح قوله رده قبل القبض ولهذا لم يذكره الرازي في شرحه اه (قوله ثم أجاز) أي المكفول عنه اه (قوله فحاصله أن الغرماء مخيرون الخ) وقد تقدمت مناوشرحا اه

بين شيئين اذا اختار أحدهما تعين حقه فيه وليس له أن يختار الآخر ولو ظهر العبد بعدما اختاروا تضمين أحدهما ليس لهم عليه سبيل ان كان القاضي قضى لهم بالقيمة ببينة أو باباعين لان حقهم تحول الى القيمة بالقضاء وان قضى بالقيمة بقول الخصم مع يمينه وقد ادعى الغرماء أكثر منه فهم بالخيار فيه ان شاؤا رضوا بالقيمة وان شاؤا ردوها وأخذوا العبد فبيع لهم لانه لم يصل اليهم كمال حقهم بزعمهم وهو نظير المغصوب في ذلك كذا ذكره في النهاية وعزاه الى المبسوط قال الراعي عفوريه الحكم المذكور في المغصوب مشروط بأن تظهر العين وقيمتها أكثر مما ضمن ولم يشترط هنا ذلك وانما شرط أن يدعي الغرماء أكثر مما ضمن وأن كمال حقهم لم يصل اليهم بزعمهم وبينهما تفاوت كثير لان الدعوى قد تكون غير مطابق فيجوز أن تكون قيمته مثل ما ضمن أو أقل فلا يثبت لهم الخيار فيه وانما يثبت لهم الخيار اذا ظهر وقيمته أكثر مما ضمن فلا يكون المذكور هنا مخلصا قال رحمه الله (وان باعه سيده وأحلهما الدين فللغرماء رد البيع) لان حقهم تعلق به وهو حق الاستسعاء أو الاستيفاء من رقبته وفي كل منهما فائدة فالاول تام مؤخر والثاني ناقص معجل و بالبيع تفوت هذه المنفعة فكان لهم رده وفائدة الاعلام بالدين سقوط خيار المشتري في الرد بعيب الدين حتى يلزم البيع في حق المتعاقدين وان لم يكن لازما في حق الغرماء هذا اذا كان الدين حالا وكان البيع من غير طلب الغرماء والثمن لا يفي بدينهم فأما اذا كان دينهم مؤجلا فالبيع جائز لانه باع ملكه وهو قادر على تسليمه ولم يتعلق به حق لغيره لان حق الغرماء متأخر بخلاف الرهن بالدين المؤجل حيث لا يجوز له بيعه لان للمرتهن ملك اليد فيه فلا يقدر المولى على تسليمه ولا يد للغرماء في العبد المأذون له ولا في كسبه وانما تعلق حقهم بماليته لقضاء الدين منه وذلك متأخر الى ما بعد حلول الاجل وكذا اذا كان البيع بملئهم لان البيع وقع لاجلهم واذنهم في البيع بمنزلة بيعهم بأنفسهم فلا ينقض وكذا اذا كان الثمن يفي بدينهم ودفعه اليهم لان حقهم قد وصل اليهم فينفذ البيع لزوال المانع وقال صاحب الهداية قالوا تأويله اذا لم يصل اليهم الثمن فان وصل ولا محاباة في البيع ليس لهم أن يردوه لوصول حقهم وفيه نظر لانه يشير الى أنهم لا يكون لهم خيار الفسخ عند وصول الثمن اليهم اذا لم يكن في البيع محاباة وان لم يف الثمن بحقهم وان كان في البيع محاباة ثبت لهم خيار الفسخ وان وفى الثمن بحقهم وليس كذلك بل لهم خيار الفسخ اذا لم يف الثمن بحقهم وان لم يكن فيه محاباة لاجل الاستسعاء وقد ذكره بنفسه قبيله ولا خيار لهم ان وفى الثمن بحقهم وان كان فيه محاباة لوصول حقهم اليهم ولو قال تأويل المسئلة فيما اذا باعه بثمن لا يفي بدينهم استقام وزال الاشكال لان الثمن اذا لم يف بدينهم لهم نقض البيع كيفما كان واذا وفى ليس لهم نقضه كيفما كان واذا لم يوجد شيء مما ذكرنا من تأجيل الدين وطلبهم البيع ووفاء الثمن بالدين فالبيع موقوف حتى يجوز باجازة الغرماء وهي مسئلة الكتاب على ما بينا وذكر محمد رحمه الله في الاصل أنه باطل واختلفوا في معناه فقال بعضهم معناه أنه سيبطل لان البيع موقوف وللغرماء حق ابطاله وقال بعضهم معناه أنه فاسد بدليل ما قال في الاصل أنه اذا أعتقه المشتري بعد القبض أو دبره صح ذلك وتلزمه قيمته قال رحمه الله (وان غاب البائع فللمشتري ليس بخصم لهم) أي لو باع المولى عبده المدين وقبضه المشتري ثم غاب البائع لا يكون المشتري خصما للغرماء اذا أنكر المشتري الدين وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله يكون المشتري خصما ويقضى لهم بدينهم وعلى هذا الخلاف اذا اشترى دارا وهم اوسلمها اليه ثم غاب المشتري الواهب ثم حضر الشفيع فان الموهوب له لا يكون خصما عندهما خلافا له وعنهما مثل قوله في الشفعة هو يقول ان اذا اليد يدعي الملك لنفسه في العين فيكون خصما لكل من ينازعه فيها كما لو ادعى رجل أنه رهن عنده ولهما أن الدعوى تتضمن فسخ العقد وهو قائم بالبائع والمشتري فيكون الفسخ قضاء على الغائب والحاضر ليس بخصم عنه ولانا لو جعلناه خصما لا يفيد لانه يؤدي الى أن لا يجعل خصما في الانتهاء لانهم

(قوله فبيع لهم) لا يتعين البيع لهم بل الخيار لهم ان شاؤا باعوه وان شاؤا استسعوه اه (قوله وقيمتها أكثر مما ضمن) لما أحاله على مسئلة الغصب كان الشرط فيها شرطا في هذه المسئلة أيضا اه (قوله وانما يثبت لهم الخيار الخ) لقائل أن يقول لا يشترط في ثبوت الخيار لهم أن تكون قيمته أكثر مما ضمن بل لهم أن يردوا ما أخذوا وان كانت قيمته مثل ما ضمن أو أقل لان لهم فيه فائدة وهو حق استسعائه بجميع دينه وهذا هو الجواب اه نقلته من خط قارئ الهداية

(قوله ولا يباع حتى يحضر سيده) ساقط من خط الشارح (قوله والقياس أن لا يصدق) أي العبد ولا يثبت الاذن بقوله حتى لا يحل للبائع المبايعة معه لانه اقرار على مولاه لان حكم اقراره يلزم مولاه وفي الاستحسان يصدق ويقبل قوله لان هذا خبر في المعاملات وخبر الواحد في المعاملات مقبول ألا ترى أن واحدا اذا قال أنا وكيل فلان أو مضارب فلان وليس ثمة أحد يكذبه يقبل قوله لان الظاهر أنه يصدق ولا يكذب فكذا هنا لان في التجارة منفعة لمولاه فالظاهر أنه مأذون مالم يتبين الخبر ولان الناس حاجة الى قبول قول الآحاد في هذا الباب لان الانسان يبعث عبده الى الآفاق (٢١٨) ليتجر أو يبعث مضاربه أو وكيله فلو قلنا ان قولهم لا يقبل لضاق الامر على الناس لانه حينئذ يحتاج العبد أن يستصحب مولاه آناء الليل وأطراف النهار أو شاهدين عدلين يشهدان على الاذن وكذلك الوكيل والمضارب وماضاق أمره اتسع حكمه اه اتقاني (قوله لان السكوت يحتمل) أي فلا يثبت الاذن بالشك اه وكتب ما نصه يحتمل انه مأذون ويحتمل أنه محجور اه اتقاني (قوله ولزمته الديون الخ) ثم اذا لحقه دين كان القياس أن لا يباع ما في يده حتى يحضر مولاه وفي الاستحسان يباع وجه القياس أن ما في يد المولاه فيكون في بيعه قضاء على مولاه وهو غائب فلا يجوز ولهذا لا يباع رقبته ووجه الاستحسان أن ما في يده من تجارته والعبد في تجارته كالحر فاذا قبل قوله في التجارة قبل فيما هو من ضروراتها وليس التكسب كالرقبة ليست من تجارته لان ذلك مال المولى في يد المولى كذا ذكره الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير والامام الاسبيجابي في شرح الكافي وقال شيخ الاسلام خواهر زاده ولو أن الغرماء أقاموا البينة أن العبد مأذون له في التجارة والعبد يجحد والمولى غائب فانه لا تقبل بينتهم حتى لا تباع رقبة العبد بالدين لان هذه البينة قامت على غائب وليس عنه خصم حاضر لان العبد في حق رقبته لا ينتصب خصما عن المولى لمن يدعي حقا في رقبته وان أقر العبد بالدين فباع القاضي أكسابه وقضى دين الغرماء ثم جاء المولى وأنكر الاذن كلف القاضي الغرماء البينة على الاذن فان أقاموها والا ردوا على المولى جميع ما قبضوا من ثمن أكساب العبد فلا تنقض البيوع التي جرت من القاضي في كسبه لان القاضي ولاية بيع مال الغائب وتؤخر حقوق الغرماء الى أن يعتق العبد لان الاذن لم يثبت لما أنكر المولى فكان محجورا والمحجور لا يؤاخذ بضمان الاقوال للحال وانما يتبع بعد العتق اه اتقاني رحمه الله تعالى

اذا أثبتوا الدين لا يمكن بيعه بدينهم لانه يعود الى ملك البائع وهو غائب وفي بيعه قضاء على الغائب وهو لا يجوز بخلاف ما اذا ادعوا الملك لان صاحب اليد يظهر في الانتهاء أنه كان غاصبا منهم والغاصب يكون خصما للغصوب منه وبخلاف دعوى الرهن لان فيه فائدة اذ الرهن لا يباع ولو صدقهم المشتري في الدين كان للغرماء أن يردوا البيع بالاجماع لان اقراره حجة عليه فيفسخ بيعه اذا لم يف الثمن بديونهم ولو كان البائع حاضرا والمشتري غائبا فلا خصومة بينهم وبين البائع بالاجماع حتى يحضر المشتري لان الملك واليد للمشتري ولا يمكن ابطالهما وهو غائب فلم يبطل ملكه لا تكون الرقبة محلا لحقهم لكن لهم أن يضمنوا البائع قيمته لانه صار مفوتا حقهم بالبيع والتسليم فاذا ضمنوه القيمة جاز البيع فيه وكان الثمن للبائع وان اختاروا اجازة البيع أخذوا الثمن لان الاجازة اللاحقة بمنزلة الاذن السابق ثم المولى ببيع عبده المأذون له المديون بعد العلم بالدين لم يجعل مختارا للفداء بالقيمة وبيع العبد الجاني بعد العلم بالجناية جعل مختارا للفداء بالارش لان الدين هناك على العبد بحيث لا يبرأ بالعتق ولا يجب على المولى شئ ولو اختار المولى الفداء ثم بدا له أن أدى دينه كان عبده منه تبرعا فلا يلزمه بخلاف الجناية لان موجبها على المولى خاصة دون العبد فاذا تعذر عليه الدفع بتصرفه تعين الارش عليه وبقي واجبا عليه على حاله قال رحمه الله (ومن قدم مصرا وقال أنا عبد زيد فاشتري وباع لزمه كل شئ من التجارة ولا يباع حتى يحضر سيده) أي يقبل قوله في الاذن في حق كسبه حتى يقضى دينه من كسبه والمسئلة على وجهين أحدهما أن يخبر أن مولاه أذن له فيصدق استحسانا عدلا كان أو غير عدل والقياس أن لا يصدق الا بحجة لقوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي وكذا القياس أن تشترط العدالة في المخبر لان جانب الصدق بها يترجح ووجه الاستحسان أن الناس تعاملوه من غير اشتراط شئ من ذلك واجماع المسلمين حجة يخص به الاثر ويترك به القياس ولان في ذلك ضرورة وبلوى فان الاذن لا يتمنه لصحة تصرفه واقامة الحجة عند كل عقد غير ممكن وماضاق على الناس أمره اتسع حكمه وما عمت بليته سقطت قضيته وكذا على هذا القياس والاستحسان دعوى الوكالة والمضاربة والشركة والبضاعة وما أشبهها والثاني أن يبيع ويشتري ولا يخبر بشئ منه فالقياس فيه أن لا يثبت الاذن لان السكوت يحتمل وفي الاستحسان يثبت لان الظاهر أنه مأذون له لان عقله ودينه يمنعانه عن ارتكاب المحرم فوجب حمله عليه لوجوب حمل أمور المسلمين على الصلاح ما أمكن فالعمل بالدليل الظاهر هو الاصل في المعاملات دفعا للضرر عن العباد فلا يشترط فيه الاخبار أنه مأذون له بل يكتفي بظاهر حاله فاذا ثبت أنه مأذون له بظاهر حاله صحت تصرفاته حتى يظهر خلاف ذلك ولزمته الديون فيستوفى من كسبه وان لم يف الكسب بالدين لا تباع رقبته لان ملك المولى في الرقبة ثابت فلا يصدق اقراره على مولاه ولا يلزم من وجوب الدين عليه أن يباع به ألا ترى أن المدبر وأم الولد لا يباعان بالدين بخلاف الكسب لان المولى لا علك مادام مشغولا بحاجة العبد وانما يخلفه

في الفاصل عن حاجته قال رحمه الله (فان حضر وأقر باذنه بيع والا فلا) أي لو حضر المولى فاقر بالاذن بيع بالدين لظهور الدين في حقه باقراره وان قال هو محجور عليه كان القول قوله لتمسكه بالظاهر فلا يباع الا اذا أثبت الغرماء الاذن منه بالبينة حينئذ يباع لان الثابت بالبينة كالثابت عيانا اذ هي مبينة كذا قالوا قال رحمه الله (وان أذن للصبي أو المعتوه الذي يعقل البيع والشراء وليه فهو في الشراء والبيع كالعبد المأذون له) يعني في جميع ما ذكرنا من الاحكام من أنه لا يتقيد بنوع من التجارة دون نوع ويكون مأذونا له بسكوت الولي حين ما يراه يبيع ويشتري ويصح اقراره بما في يده من كسبه ويجوز بيعه بالغبن الفاحش عند خلافا لهما الى غير ذلك من الاحكام التي ذكرناها في العبد والمراد بكونه يعقل البيع أن يعلم أن البيع سالب للملك والشراء جالب له وأن يقصد به الربح ويعرف الغبن اليسير من الفاحش وقال الشافعي رحمه الله لا تنفذ تصرفاته وأصل الخلاف بيننا وبينه في أن عبارة الصبي صالحة للعقود الشرعية عندنا فيها هو متردد بين النفع والضرر أو النفع المحض وعنده غير صالحة للعقود حتى لو توكل بالتصرف جاز وعنده لا يجوز له قوله تعالى ولا تؤتوا السفهاء أموالكم وقوله تعالى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم شرط البلوغ والرشد للدفع اليهم في هذه الآية ونهى عن الدفع الى السفهاء في الاولى وهما سفيهان ولسبابة الغبن ولانهما محجور عليهما لاجل أنفسهما شرعا وعلة الحجر قائمة بهما فلا تزول بالاذن بخلاف العبد لان الحجر عليه لحق غيره وهو المولى وقد زال بالاذن ولانهما مولى عليهما في هذا التصرف حتى يملكه الولي ويملك حجرهما فلا يصلحان أن يكونا وليين للشافي لان كونهما مولى عليهما لسبب العجز وكونهما وليين سببه القدرة والعجز والقدرة لا يجتمعان فصار كالعتق والطلاق بخلاف الصوم والصلاة والوصية واختيار الصبي أحد أبويه على أصله لان الولي لا يتولى هذه الاشياء فلا يكون مولى عليه فيها فلا تنافي فتصح منه ولان فيه ضررا لعدم امكان تحصيله من جهة الولي فقلنا بصحتها منه كي لا تفوت هذه المصالح بخلاف البيع والشراء ولما قوله تعالى وابتلوا اليتامى أمرنا بالابتلاء وهو الامتحان والاختبار هل هو رشيد أم لا وذلك بأن يؤذن له في التجارة وهذا يفيد أن الصغير أهل للتصرف وأن تصرفه جائز لان اليتيم حقيقة اسم للصغير الذي لم يبلغ لقوله عليه الصلاة والسلام لا يتم بعد الاحتلام وقوله تعالى وآتوا اليتامى أموالهم وهذا أمر بدفع أموالهم اليهم فلولا أن تصرفه معتبر شرعا لما أمر بدفعه اليهم لان الدفع اليهم تمكين لهم من التصرف فيه ولان التصرف المشروع صدر من أهله مضافا الى محله عن ولاية شرعية فوجب القول بنفاذه كما في العبد المأذون له ولا خفاء في شرعية التصرف والمحلية وكذا في الاهلية لان الاهلية للتصرف بالتكلم عن تمييز وبيان لا عن تلقين من غير تمييز والكلام في مثله فتثبت الولاية صونا للكلام عن الالغاء والحجر عليه لعدم هدايته الى التصرف لا لذاته وباذن الولي يستدل على ثبوت هدايته الى التصرف اذ لا يأذن له ظاهرا الا بعد معرفة هدايته وبقاء ولاية الولي لاجل النظر له لتتسع له طرق التحصيل فيحصل بطريقين مباشرته ومباشرة الولي ويمكن الولي من حجره لاحتمال تبدل حاله ومتى جعلناه وليا باعتبار الاهلية لم نجعله مولى عليه ومتى جعلناه مولى عليه باعتبار قصور الولاية لم نجعله وليا فيه فحاصل أنه يعرف المصالح ويعد من المضار وهو مستحق للنظر ومصون عن الضرر وفي اعتبار كلامه ذلك وفي عدم اعتباره اهدار آدميته والحاقه بالبهائم وهو ضرر محض بخلاف الطلاق والعتاق لانه ضرر محض فلم يؤهل له ولا علكه وان أذن له الولي والنافع المحض كقبول الهبة والصدقة يؤهل له قبل الاذن وعلكه والمتردد بينهما كالبيع والشراء والاجارة ونحوها يؤهل له بعد الاذن وعلكه ولا علكه قبله للاحتمال مع أنه أهل للتصرف لما ذكرنا حتى لو باشره قبل الاذن يكون موقوفا على اجازة الولي حتى اذا رأى في ذلك مصلحة أجازه وهذا لانه يشبه البالغ من حيث انه عاقل مميز ويشبه المجنون والطفل الذي لا يميز من حيث انه لم توجه عليه الخطاب

(قوله في المتن وان أذن للصبي الخ) قال الاتقاني لما فرغ من بيان اذن العبد شرع في بيان اذن الصبي الذي يعقل والمعتوه وقدم الاول لكثرة الاحتياج اليه بكثرة وقوعه ولان اذن العبد صحيح انفاقا بخلاف اذن الصبي فان فيه خلاف الشافعي والاصل عدم الخلاف فقدم الجمع لكونه أصلا اه (قوله دون نوع) فاذا أذن له في نوع من التجارة يكون مأذونا في الانواع كلها اه اتقاني (قوله ويكون مأذونا له بسكوت الولي) قال الاتقاني هذا في الاب والجد والوصي لا في القاضي ألا ترى الى ما ذكر في الفتاوى الصغرى أن القاضي اذا رأى الصغير أو المعتوه يبيع ويشتري فسكت لا يكون مأذونا في التجارة وتقبله عن مأذون خواهر زاده اه (قوله ويعرف الغبن اليسير من الفاحش) وليس المراد منه أن يعرف نفس العبارة فانه ما من صبي لقن البيع والشراء الا ويتلفظهما كذا قال شيخ الاسلام خواهر زاده اه (قوله وقال الشافعي الخ) قال الاتقاني وعند الشافعي اذن الصبي العاقل باطل وعلى هذا الخلاف اذن العبد الصغير وقبوله اه (قوله أنه يقرب المصالح ويعد) والذي يخط الشارح انه يعرف المصالح ويعد اه (قوله كقبول الهبة) أي والاسلام اه

(قوله وصاحب الشرطة لا يصح الخ) واذن أمير الشرطة باطل لانه انما أقيم لامر خاص فلا يلي التصرفات على الناس والشرطة خيار الجند والجمع شرط وصاحب الشرطة يراد به أمير البلدة وانما سموا الشرط لانهم أشرطوا أي اعلموا لانفسهم علامة يعرفون بها اه اتقاني مع حذف (قوله ولا يملك تزويج العبد) في الهداية ولا يملك تزويج عبده ولا كتابته قال السيد وانما لم يملكها مع أن الاب والوصي يملكانها لان تصرفهما مقيد بشرط النظر فيتحقق في الكتابة النظر وأما تصرف الصبي بعد الاذن مقيد بالتجارة والكتابة ليست بتجارة اه وفي الهداية ولا يزوج عبده قال السيد فيه اجماع وفي تزويج أمته خلاف أبي يوسف فانه يجوز عنده اه وفي شرح الاتقاني انما قيد بالعبد

(٢٣٠) لان الصبي يملك تزويج أمته من عبد غيره أو من أجنبي ولا يملك تزويج أمته من عبد نفسه وبه صرح شيخ الاسلام خواهر زاده اه ﴿فرع﴾ ولو أذن المعتوه الذي يعقل البيع والشراء في التجارة لابنه كان باطلا لانه مولى عليه فلا يلي غيره كذا في شرح الكافي وموت الاب أو وصيه حجر على الصبي لانه يتصرف بولايتهما ورأيهما وقد زالت ولايتهما ورأيهما بموتهما ولو كان القاضي أذن للصبي أو المعتوه في التجارة ثم عزل القاضي لا يتصرف بولاية نفسه بل يتصرف بولاية الخليفة أو ولاة المسلمين (١) لان ذلك قائم الا ترى أن اذنه بمنزلة الحكم منه وسائر أحكامه لا تبطل بموته وعزله فكذلك هذا وقال خواهر زاده في مبسوطه اذا كان للصبي أو المعتوه أب أو وصي أو جد أو الاب فرأى القاضي أن يأذن للصبي أو المعتوه في التجارة فأذن له وأبى أبوه فاذنه جائز وان كانت ولاية القاضي على الصغير مؤخرة عن ولاية الاب والوصي وذلك لان الاذن في التجارة حق الصبي قبل الولي لانه مما ينتفع به لانه يهتدي بذلك الى التجارات فاذا طلبه من الاب وأبى صار الاب عاضلا له فانتقلت الولاية الى القاضي كالولي في باب النكاح اذا عضل انتقلت الولاية بسبب العضل الى القاضي لان الانكاح من الكفء حق المرأة قبل الولي فاذا امتنع الولي من الايفاء انتقلت الولاية الى القاضي فكذا هذا فان حجر عليه أحد من هؤلاء فحجره باطل لان الحجر فسخ الاذن والاذن صح من القاضي فلا يبطل بحجر غير القاضي وان حجر عليه هذا القاضي بعد ما عزل لا يعمل لانه انما يصح منه الحجر بولاية القضاء فاذا لم يبق له ولاية القضاء لم يبق له ولاية الحجر وان حجر القاضي الذي قام مقامه عمل حجره لان

(١) قوله لان ذلك قائم هكذا في أصل المحشي ولعل في العبارة نقصا فحرر كتبه مصححه

وفي عقله قصور والقاصر عليه ولاية فألحقناه بالبالغ في التصرف النافع وبالمجنون في الضار وفي المتردد بالمجنون قبل الاذن وبالبالغ بعده ولا يقال قد يقع البيع أيضا نفعا محضا بأن باع شيأ بأضعاف قيمته فاذا وقع ذلك ينبغي أن ينفذ بغير اجازة الولي لان العبرة لاصل وضعه دون ما يعرض له باتفاق الحال والبيع في أصل وضعه متردد بخلاف الهبة لانها ضرر محض وقبولها نفع محض ولا مدخل للولي فيهما والمنهي عن الدفع في الآية أموالنا وكلامنا وقع في أموالهم والمذكور في الآية الثانية الدفع اليهم أموالهم عند البلوغ وعندنا يناس الرشد منهم وذلك لا ينفي الدفع في غير تلك الحالة لما عرف أن تخصيص الشيء بالذكر لا ينفي الحكم عما عداه على أنا لا نسلم أنه سفيه بل هو رشيد لان كلا منا فيمن علم رشده فلا يتناوله النهي والمراد بالولي "ولي له تصرف في المال وهو أبوه ثم وصي الاب ثم جده أبو أبيه ثم وصي جده ثم الولي ثم القاضي أو وصي القاضي وأما ما عدا الاصول من العصبة كالعم والاخ أو غيرهم كالام ووصيها وصاحب الشرطة لا يصح اذنهم له لانهم ليس لهم أن يتصرفوا في ماله بتجارة فكذا لا يملكون الاذن له فيها والاولون يملكون التصرف في ماله فكذا يملكون الاذن له في التجارة وكذا للصبي أو المعتوه أن يأذن لعبده أيضا لان الاذن في التجارة تجارة معنى وليس لابن المعتوه أن يأذن لابيه المعتوه ولا أن يتصرف في ماله وهكذا اذا كان الاب مجنونا لان ولاية التصرف في مال القريب لا تثبت الا اذا كان المتصرف كامل الرأي وافر الشفقة وليس للابن وفور الشفقة فلا يملكه بخلاف الاب والجد فانهما وافرا الشفقة كاملا الرأي فيملكانه ووصيهما قائم مقامهما فيكون معتبرا بهما فيملك الاذن للصغير والمعتوه الذي بلغ معتوها ولعبدهما كما يملكانه وان بلغ رشيدا ثم عته كان الفقيه أبو بكر البلخي رحمه الله يقول لا يصح الاذن له قياسا وهو قول أبي يوسف رحمه الله ويصح استحسانا وهو قول محمد رحمه الله وليس للصبي والمعتوه المأذون لهما أن يتزوجا ولا أن يزوجا امائهما لانه ليس من التجارة الا أن يأذن لهما الولي بالتزويج أو بتزويج الامة لان الولي يملك ذلك فيملك تفويضه اليهما ولا يملك تزويج العبد فلا يملك تفويضه اليهما بخلاف المولى فانه يملك تزويج عبد عبده المأذون فيملك العبد أيضا اذا فوض اليه صريحا وان كان لا يملكه عند اطلاق الاذن فحاصله أن الصبي والمعتوه المأذون لهما كالعبد المأذون له في جميع ما ذكرنا من الاحكام الا أن الولي لا يمنع من التصرف في مالهما وان كان عليهما دين ولا يقبل اقراره عليهما وان لم يكن عليهما دين بخلاف المولى والفرق أن اقرار الولي عليهما شهادة لانه اقرار على غيره فلا يقبل ودينهما غير متعلق بمالهما وانما هو في الذمة لانهما حران فكان للولي أن يتصرف فيه بعد الدين كما كان له قبله فان قيل اذا لم يملك الولي الاقرار عليهما فكيف يملكانه وولايتهما مستفادة منه قلنا لما انفك الحجر عنهما صارا كما اذا انفك بالبلوغ فيقبل اقرارهما على أنفسهما بخلاف الولي لانه اقرار على غيره

الثانى نائب عن الامام الاكبر فكما يصح الحجر من الامام الاكبر يصح من الذى قام مقامه اه اتقانى (قوله لعدم الحاجة الى القبول) قال الاتقانى وكذا اذا أقر بعتى الصبى بشئ من تركة أبيه لانسان صح وهو ظاهر الرواية وروى الحسن عن أبى حنيفة أن اقراره انما يصح بشئ من تجارته أما بشئ ليس من تجارته لا يصح اه وكتب ما نصه قال الاتقانى رحمه الله قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى واقرار الصبى المأذون بالدين والغصب واستهلاك المال جائز لانه متى ملك التجارة ملك ما هو من ضروراتها وملك الاقرار بالدين من ضروريات التجارة لانه يبيع ويشترى فيلزمه الثمن وتسليم المبيع فيحتاج (٢٢١) الى أن يقر بذلك لان من ملك شيأ ملك الاقرار به ولانه لو لم يملك لامتنع الناس من المبايعة معه خوفا من ذهاب أموالهم بسبب التجارة معه فيؤدى الى انقطاع تجارته فوجب أن يملك ضرورة ما لكيته التجارة وهذا فى دين التجارة أو ما هو فى معنى دين التجارة فاذا أقر بغصب أو استهلاك مال يصح لانه فى معنى دين التجارة لانه دين يلزمه بعوض يسلم له اه

﴿فصل﴾ (قوله ولو أذن) أى الوكيل من جهة الاب اه

﴿كتاب الغصب﴾

قال الاتقانى وجه المناسبة بين الكتابين عندى أن المأذون يتصرف فى الشئ بالاذن الشرعى والغاصب يتصرف فيه لا باذن شرعى فكان بينهما مناسبة المقابلة الا أنه قدم كتاب المأذون لانه مشروع والغصب ليس بمشروع ويجوز أن يقال ان اقرار المأذون يصح بالغصب والاستهلاك كما يصح بما هو من التجارة فجر الكلام الى ذكر الغصب عقيب الاذن فذكر مبين فيه أحكامه اه والغصب على ضربين أحدهما ما يتعلق به المأثم وهو ما وقع على العلم والثانى لا يتعلق به المأثم وهو ما وقع على الجهل كن أتلف مال غيره وهو يظن أنه له والضمان يتعلق بهما جميعا لان أسباب الضمان يجوز أن يتفق فيها ما يتعلق به المأثم وما لا يتعلق به المأثم وأما المأثم فلا يحصل الا مع القصد لقوله عليه الصلاة والسلام رفع عن أمتى الخطأ والنسيان معناه رفع مأثم الخطأ اه اتقانى قوله فذكر مبين فيه أحكامه أو مادام الغصب قائما فى يد الغاصب لا يملكه كالعبد المأذون فانه غير مالك لرقبة ما فى يده من الكسب اه معراج

فلا يقبل على ما بينا ولانهما لو لم يقبل اقرارهما يمتنع الناس من معاملتهما فيحصل المقصود بالاذن فألحقت الضرورة الى قبوله فيما هو من التجارة لان الضرورة فيها حتى لو أقر ابعين مورثه فى ملكهما لا يقبل اقرارهما فيما روى الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله لعدم الحاجة الى القبول لانه ليس من باب التجارة وفى ظاهر الرواية يقبل لما ذكرنا أن انفكاك حجره بالاذن كانفكاكه بالبلوغ فى حق الاموال والله أعلم

﴿فصل﴾ غير الاب والجد لا يتولى طرفى عقد المعاوضة المالية لان حقوق العقد ترجع الى العاقد فيصير الواحد مطالبا ومطالبا مسلما ومتسلما وهو محال وكذا الاب والجد قياسا وهو قول زفر ويجوز استحسانا لانه لكمال شفقته قام مقام شخصين وعبارته مقام عبارتين ورأيه مقام رأيين فيجعل كأنه باعه منه وهو بالغ ثم تحمل الحقوق بحق الابوة لا بحكم العقد نيابة عنه حتى اذا بلغ الصغير كانت العهدة على الصغير وفيما اذا باع ماله من أجنبى فبلغ الصغير كانت العهدة على الاب فاذا كانت العهدة بطريق التحمل لا بحكم العقد لا يؤدى الى الاستحالة ولو اشترى مال ولده الصغير أو باع ماله منه بغبن يسير صح ويكفيه أن يقول بعته منه أو اشتريته له لان كلامه قام مقام كلامين ولان نفس القبول لا يعتبر وانما يعتبر الرضا ولهذا ينعقد بالتعاطى من غير ايجاب وقبول وقد وجدت دلالة الرضا ولو وكل رجلا أن يبيع عبده من ابنه الصغير أو يشترى عبد له ففعل لا يصح لعدم كمال هذه الشفقة فلا يمكن الحاقه بالاب فبقى على أصل القياس الا اذا كان الاب حاضرا وقبل فانه يجوز وتكون العهدة من جانب الابن على أبيه ومن جانب الاب على الوكيل لان تصرف الاب لنفسه مباح وللصغير فرض لانه من باب النظر فيجعل الاب متصرفا للصغير تحقيقا للنظر ولو وكل رجلا ببيع مال ولده فباع من موكله أو باع الاب مال أحد ولديه بمال الآخر أو أذن لهما فيه أو لعبديهما أو جعل لكل واحد منهما وكيلا أو وصيا صح ولو أذن لهما أو لعبديهما أو وصيهما فتبايعا مالهما جاز لانهما استفادا ولاية التصرف منه وهو لا يملك بنفسه فكذا الصبيان بخلاف ما لو أذن الاب لانه لو فعل بنفسه صح فكذا اذا فعل باذنه وصح بيع الوصى ماله من الصبى أو شراؤه منه بشرط نفع ظاهر وهو أن يبيع ما يساوى درهمين بدرهم وقيل ما يساوى ألفا بثمانمائة وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما لا يجوز لما مر من الاستحالة وله أن الوصى يختار الاب ولكنه قاصر الشفقة فعند حقيقة النظر يلحق بالاب ويروى رجوع أبى يوسف الى قول أبى حنيفة رحمهما الله والله أعلم بالصواب

﴿كتاب الغصب﴾

الغصب فى اللغة أخذ الشئ من الغير على وجه القهر مالا كان أو غير مال حتى يطلق على أخذ الحر ونحوه مما لا يتقوم على هذه الصفة اسم الغصب وقد زيد عليه أوصاف فى الشرع على ما تبين قال رحمه الله

(هو ازالة اليد المحقة باثبات اليد المبطلة) في مال متقوم محترم قابل للنقل بغير اذن مالكه حتى لا يضمن الغاصب زوائد المغصوب اذا هلكت بغير تعد لعدم ازالة يد المالك ولا ما صار مع المغصوب بغير صنعه كما اذا غصب دابة فتبعتها أخرى أو ولدها لا يضمن التابع لعدم الصنع فيه وكذا لو حبس المالك عن مواشيه حتى ضاعت لا يضمن لما ذكرنا ولعدم اثبات اليد المبطلة وكذا لا يضمن غير المتقوم كالخمر أو غير المحترم كمال الحربي في دار الحرب ولا ما لا يقبل النقل كالعقار وعند محمد رحمه الله الغصب هو تفويت يد المالك لا غير وعند الشافعي رحمه الله هو اثبات اليد العادية لا غير حتى يضمن العقار بالغصب عندهما لوجود تفويت اليد فيه واثباتها ولا يضمن زوائد الغصب عند محمد رحمه الله لعدم تفويت يد المالك فيها وعند الشافعي رحمه الله يضمنها لوجود اثبات اليد فيها وسنبينه من قريب ان شاء الله تعالى قال رحمه الله (فالاستخدام والحمل على الدابة غصب لا الجلوس على البساط) لانه باستخدام عبد الغير أو الحمل على دابة الغير بغير اذن المالك أثبت فيه اليد المتصرفة ومن ضرورة ثبوت يده ازالة يد المالك عنه فتحقق الغصب فيضمن بخلاف الجلوس على بساط الغير لان الجلوس عليه ليس بتصرف فيه ولهذا لا يرجح به على المتعلق عند التنازع فلم يصر في يده والبسط فعل المالك فتبقى يد المالك فيه ما بقي أثر فعله لعدم ما يزيلها بالنقل والتحويل ثم حكم الغصب الأثم ان تعمده والمغرم وشرطه أن يكون المغصوب مالا متقوما قال رحمه الله (ويجب رد عينه في مكان غصبه) لقوله عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى ترد ولقوله صلى الله عليه وسلم لا يحل لاحدكم أن يأخذ مال أخيه لاعبا ولا جادا وان أخذه فليرده عليه ولانه بالاخذ فوت عليه اليد وهي مقصودة لان المالك بها يتوصل الى تحصيل ثمرات الملك من الانتفاع والتصرف ولهذا شرعت الكتابة والاذن مع أنها لا تفيد سوى اليد فيجب عليه نسخ فعله دفعا للضرر عنه فيعود الى ما كان وأتم وجوهه رد عينه في مكان غصبه لان المالية تختلف باختلاف الاماكن ولهذا تتفاوت القيمة به ورد العين هو الموجب الاصلي على ما قالوا لانه أعدل وأكمل في رد الصورة والمعنى ورد القيمة أو المثل مخلص يصار اليه عند تعذر رد العين ولهذا يطالب برد العين قبل الهلاك ولو أتى بالقيمة أو المثل لا يعتد به لكونه قاصرا وكذا يبرأ الغاصب برد العين من غير علم المالك بان سلمه اليه بجهة أخرى كما اذا وهبه له أو أطعمه اياه فأكله والمالك لا يدري أنه ملكه أو نحو ذلك من تسليم بايداع أو شراء ولو لم يكن هو الواجب الاصلي لما برئ الا اذا علم وقبضه عنه كما في قبض المثل والقيمة وقيل الموجب الاصلي هو المثل أو القيمة ورد العين مخلص ولهذا لو أبرأه عن الضمان حال قيام العين يصح حتى لا يجب عليه الضمان بالهلاك والابراء عن العين لا يصح وكذا الكفالة بالمغصوب تصح مع أنها لا تصح بالعين وكذا لو كان للغاصب نصاب ينتقص به كما ينتقص بالدين فدل على أن الواجب هو المثل أو القيمة وكونه لا يصار اليه مع القدرة على رد العين لا يدل على أنه ليس بأصل كالظهر مع الجمعة فان الظهر هو الاصل والجمعة خلف عنه ولا يصار اليه الا عند العجز عن اقامتها وانما يبرأ الغاصب بالتسليم الى المالك من غير علمه لتعينه لان حقه متعين في العين فصار كالمبيع بيعا فاسدا فان المشتري يبرأ برده بأي وجه كان وان لم يعلم البائع لما قلنا بخلاف المثل والقيمة لان حقه غير متعين في المقبوض بل حقه في مثله أو قيمته من أي عين كان وذلك لا يتعين الا باتفاقهما لاختلاف الناس في معرفة الامثال والقيم ولا كذلك العين لان حقه متعين فيها فبأي طريق وصل اليه ناب عن الواجب عليه فلغا ما عينه من الجهة كما في صوم رمضان لما كان الوقت متعينا له صار عنه ولغا ما عينه من الجهة بخلاف غيره من العبادات حيث لا يتأدى الا بالتعيين لعدم التعين وعند الشافعي رحمه الله لا يبرأ الغاصب بأكل المالك الطعام المغصوب من غير علمه لان هذا ليس برد بل هو خدعة وهذا لان الانسان يرغب في أكل مال غيره ما لا يرغب في أكل مال نفسه ولو علم لما أكل فلم يكن رادا بتقديمه له للاكل من غير علمه قلنا هذه العادة مذمومة شرعا فلا تعتبر ولا تمنع وقوعه عن الواجب

(قوله في المتن هو ازالة اليد المحقة باثبات اليد المبطلة) (٣٣٣) وعند الشافعي وغيره يكفي فيه اثبات اليد المبطلة وعلى هذا تخرج المسائل غير أن ازالة اليد المحقة بالنقل والتحويل اه كاكي (قوله بغير اذن مالكه) لا يحتاج اليه مع قوله اثبات اليد المبطلة ولكن ذكر في فتاوى قاضيخان مسئلة تخالف هذا الاصل فانه قال لو غصب عجولا فاستهلكه حتى يبس لبن أمه قال أبو بكر البلخي يضمن قيمة العجول ونقصان الأم وان لم يفعل في الام شيأ اه كذا بخط قارئ الهداية تغمده الله بالرحمة قوله ولكن ذكر في فتاوى قاضيخان الخ أخذه من معراج الدراية اه (قوله أو ولدها) قال الكاكي وكذا لو غصب حمارا وساقه فانساق جحشه فأكله الذئب لا يضمنه الغاصب ان لم يسق الجحش معه اه (قوله كمال الحربي في دار الحرب) أي فانه اذا أخذه المسلم لا يسمى غصبا اه اتقاني (قوله لوجود اثبات اليد فيها) ولو جاء المالك وطلب الزوائد لمنعها عن التسليم يضمن بالاجماع اه اتقاني (قوله في المتن لا الجلوس على البساط) قال الكاكي ولو جلس على بساط غيره أو فراشه أو ركب دابة غيره ولم يزله من مكانه لم يكن غاصبا اه (قوله والمغرم) أي سواء تعمده أو لا اه (قوله مع أنها) أي هذه العقود اه (قوله حتى لا يجب عليه الضمان بالهلاك) أي بعد الابراء اه (قوله وكذا لو كان للغاصب نصاب ينتقص به) أي بضمان المغصوب وان كان قائما في يده اه

قال

قال رحمه الله (أو مثله ان هلك وهو مثلي) أي يجب عليه مثل المغصوب ان كان مثليا وهلك عنده لقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ولان حق المالك ثابت في الصورة والمعنى وقد أمكن اعتبارهما بايجاب المثل فكان أعدل وأتم في جبر الفائت فكان أولى من القيمة واسمه ينبئ عن ذلك فان المثل عبارة عما يقوم مقامه من كل وجه فكان ايجابه أعدل ولا معنى لقول الظاهرية ان الواجب فيه القيمة باعتبار أن وجوب الضمان باعتبار المالية وهي القيمة لما ذكرنا أنه أعدل وتسميته في الآية اعتداء مجاز للمقابلة كقوله تعالى وجزاء سيئة سيئة مثلها والجزاء ليس بسيئة وانما سمي بها مجازا كذا هنا الثاني ليس باعتداء قال رحمه الله (وان انصرم المثلي فقيمته يوم الخصومة) أي ان انقطع المثلي عن أيدي الناس يجب على الغاصب قيمته وتعتبر قيمته يوم الخصومة وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله يوم الغصب وقال محمد رحمه الله يوم الانقطاع لان المثل هو الواجب بغصب ذات المثل فلا ينتقل الى القيمة الا بالعجز عنه والعجز عنه يحصل بالانقطاع فتعتبر قيمته يومئذ وهذا لان المثل أعدل على ما بينا فلا يصار الى القيمة مع القدرة عليه لقصورها فلا تجب قبل انقطاع المثل للقدرة عليه لانها خلف عنه ولا يبقى وجوب المثل بعد انقطاعه للعجز عنه فتعين اعتبار قيمته يوم الانقطاع ولابي يوسف رحمه الله أن المثلي لما انقطع التحق بذوات القيم وفيها تعتبر القيمة يوم الغصب فكذا فيما التحق بها وهذا لان القيمة خلف عن المثل حتى لا يصار اليها الا عند العجز والخلف يجب بما يجب به الأصل فوجب القول بوجوبها بالغصب كالمثل في المثلي وكالقيمة في غير المثلي ولابي حنيفة رحمه الله أن المثل هو الواجب بالغصب وهو باق في ذمته ما لم يقض القاضي بالقيمة ولهذا لو صبر الى أن يعود المثل كان له ذلك وانما ينتقل الى القيمة بالقضاء حتى لا يعود الى المثل بوجوده بعد ذلك فتعتبر قيمته وقت الانتقال وحد الانقطاع أن لا يوجد في السوق الذي يباع فيه وان كان يوجد في البيوت ذكره في النهاية معزيا الى أبي بكر البلخي قال رحمه الله (وما لا مثل له ففيه قيمته يوم غصبه) أي ما لا يضمن بالمثل تعتبر قيمته يوم غصبه وهذا بالاجماع لانه تعذر اعتبار المثل صورة ومعنى وهو الكامل فيجب اعتبار المثل معنى وهو القيمة لانها تقوم مقامه ويحصل بها مثله واسمها ينبئ عنه وقال مالك يضمن مثله صورة لما تلونا ولما روي أن أنسا رضي الله عنه قال كنت في حجرة عائشة رضي الله عنها قبل أن يضرب الحجاب فأتي بقصعة من ثريد من عند بعض أزواجه عليه الصلاة والسلام فضربت عائشة القصعة بيدها فانكسرت فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم يأكل من الارض ويقول غارت أمكم غارت أمكم ثم جاءت عائشة رضي الله عنها بقصعة مثل تلك القصعة فردتها واستحسن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال علي رضي الله عنه في ولد المغرور يفك الغلام بالغلام والجارية بالجارية ولنا قوله عليه الصلاة والسلام في عبدين بين رجلين يعتقه أحدهما فان كان موسرا ضمن قيمة نصيب شريكه وان كان معسرا سعى العبد في قيمة نصيب شريكه غير مشقوق عليه وهذا نص صريح على اعتبار القيمة فيما لا مثل له حيث أوجبها على المعتق ان كان موسرا وعلى العبد ان كان معسرا وحديث عائشة رضي الله عنها كان على طريق المروءة ومكارم الاخلاق لا على طريق أداء الواجب اذ كانت القصعتان للنبي صلى الله عليه وسلم ومعنى قول علي رضي الله عنه يفك الغلام بالغلام أي بقيمة الغلام حذف المضاف وأقام المضاف اليه مقامه أي بقيمة نفسه بدليل أنه قد جر عنه وعن عمر رضي الله عنهما أنهما ما قضيا في ولد المغرور بالقيمة ذكره في النهاية والآية لا تنافي ما قلنا لان المذكور فيها المثل وهو موجود في القيمة من حيث المالية على ما بينا فكانت الآية شاهدة لنا وهذا المثل هو المتعارف بين الناس لا المثل صورة بلا معنى ولهذا قال شريح رضي الله عنه من كسر صافورة له وعليه قيمتها وما قال ذلك الا لانه فهم من الآية والمراد بالمثلي المكيل والموزون والعددي المتقارب مثله كالجوز والبيض حتى يضمن مثل عددا خلافا لزفر هو يقول ان المماثلة في المعدود لم تثبت بالنص بل بالاجتهاد ولهذا لا يجري فيه الربا فلا يقطع بكون المضمون مثلا للتالف فيصار الى قيمته لتعذر معرفة مثله قطعا بخلاف المكيل

(قوله في المتن وهو مثلي) مثل المكيل والموزون والعددي الذي لا يتفاوت اه اتقاني وكتب ما نصه قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي ان المغصوب لا يخلو إما أن يكون غير منقول كالحانوت والدار والارض والكرم وغيرها أو يكون منقولا والمنقول لا يخلو (١) اما أن يكون مثليا كالكيلي والوزني الذي ليس في تبعيضه مضرة (قوله وقال محمد الخ) قال الاتقاني وضمن أخذ بقول محمد رحمه الله اه (قوله والعددي المتقارب الخ) والعددي المتقارب ما لا تتفاوت آحاده في المالية كالجوز والبيض ونحو ذلك اه اتقاني (قوله حتى يضمن مثله عددا) قال الاتقاني رحمه الله أما المعدودات التي لا تتفاوت كالجوز والبيض فعلى مستهلكها مثلها عندنا وقال زفر قيمتها وهذا فرع على جواز السلم فيها وقد بيناه في البيوع اه

(١) قول المتن اما أن يكون مثليا الخ هكذا في الاصل وانظر المقابل فلعله سقط من الناسخ اه مصححه

والموزون لان المماثلة فيه ثبتت بالنص وهو قوله عليه الصلاة والسلام الحنطة بالحنطة مثلا بمثل وكذا قال في الذهب والفضة وهما موزونان والحنطة مكيل فأمكن اعتبار المماثلة فيهما للعلم بها قطعا والجودة لا قيمة لها عند المقابلة بالجنس ولا كذلك العددي قلنا انما تعتبر المماثلة في المالية ومالية هذه الاشياء متساوية فان الفلس يماثل الفلس في المالية وكذلك الجوز واليض ولهذا لا تتفاوت قيمة آحاده عرفا فكانت المماثلة فيه أتم من المكيل والموزون فوجب جبر الفائت بجنسه لكونه مثلا له صورة ومعنى ولا معنى لقوله المماثلة تثبت فيه بالاجتهاد لان المكيل والموزون أيضا كذلك لان مطلق الجنس لا يكفي بل لا بد من اعتبار المماثلة في الصفة كالجودة والرداءة وذلك يعرف بالاجتهاد وأوضح منه أن القيمة أيضا لا تعرف الا بالاجتهاد فلا معنى لما قال اذ الم يمكن له بد من الاجتهاد في الكل والمراد بما لا مثل له غير المكيل والموزون والعددي المتقارب كالثياب والحيوان والمثلي المخلوط بخلاف جنسه كالحنطة المخلوطة بالشعير والخل المخلوط بالزيت ونحو ذلك والموزون الذي في تبعيضه ضرر كالاواني المصوغة نحو القمقم والطست قال رحمه الله (فان ادعى هلاكه حبسه الحاكم حتى يعلم أنه لو بقي لأظهره ثم قضى عليه ببدله) لان حق المالك ثابت في العين فلا يقبل قوله فيه حتى يغلب على ظنه انه صادق فيما يقول كما اذا ادعى المديون الافلاس وليس لحبسه حد مقدر بل هو موكول الى رأي القاضي كحبس الغريم في الدين ولو ادعى الغاصب الهلاك عند صاحبه بعد الرد وعكس المالك وأقاما البينة فبينة الغاصب أولى عند محمد رحمه الله لانها تثبت الرد وهو عارض والبينة لمن يدعي العوارض وعند أبي يوسف رحمه الله بينة المالك أولى لانها تثبت وجوب الضمان والآخر ينكره والبينة للاثبات وهذا لان الغصب وان كان ثابتا باتفاقهما لكن حاصل الاختلاف بينهما يئول الى وجوب الضمان وعدمه فكانت البينة لمن يثبت قال رحمه الله (والغصب فيما ينقل) لانه ازالة يد المالك باثبات يده وذلك يتصور في المنقول على ما بينا قال رحمه الله (فان غصب عقارا وهلك في يده لم يضمنه) وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد وزفر والشافعي رحمهم الله يضمن وهو قول أبي يوسف رحمه الله أولا لان الغصب يتحقق بوصفين باثبات اليد العادية وازالة اليد المحقة وذلك ممكن في العقار لان اثبات اليدين المتنافيتين على شيء واحد لا يمكن لتعذر اجتماعهما فيه فاذا ثبتت اليد العادية للغاصب انتفت اليد المحقة للمالك ضرورة وهذا لان اليد ليست هي الاعبارة عن القدرة على التصرف وعدم اليد عبارة عن عدم القدرة على التصرف فكانت في يد الغاصب ضرورة ومن ضرورتها انتفاء يد المالك فيضمن به كما يضمن المنقول بذلك وكما يضمن العقار المودع بالجحود وبالاقرار به لغير المالك وبالرجوع عن الشهادة بعد القضاء وقوله عليه الصلاة والسلام من غصب شبرا من أرض طوقه الله يوم القيامة من سبع أرضين نص على أنه يتحقق فيه الغصب ولنا أن الغصب تصرف في المغصوب باثبات يده وازالة يد المالك ولا يكون ذلك الا بالنقل والعقار لا يمكن نقله وأقصى ما يمكن فيه اخراج المالك عنه وذلك تصرف في المالك لا في العقار فلا يوجب الضمان كما اذا أبعد المالك عن المواشي على ما بينا بخلاف المنقول ومسئلة الوديعة على الخلاف في الاصح فلا تلزم وان سلم فالضمان فيها بترك الحفظ الملتزم بالجحود والشهود انما يضمنون العقار بالرجوع لانه ضمان اتلاف لا ضمان غصب حتى لو أقام الشاهد البينة أن ذلك العقار له لا تقبل بينته ولو كان غصبا لقبلت والعقار يضمن بالاتلاف والمذكور في الحديث الجزاء في الآخرة وكلامنا في الضمان في الدنيا وهو دليل على أن المذكور جميع جزائه ولو كان موجبا للضمان لبينه لان الحاجة اليه أمس وزيادة الضمان عليه تكون نسخا ولا يجوز ذلك بالرأي على ما عرف في موضعه واطلاق لفظ الغصب عليه لا يدل على تحقق غصب موجب للضمان كاطلاق لفظ البيع على بيع الحر في قوله عليه الصلاة والسلام من باع حرا الحديث لا يدل على تحقق بيع الحر وهذا ما عرف أن في لسان الشرع حقيقة ومجازا وعلى هذا الاختلاف لو باع العقار بعد الغصب وأقر الغاصب بذلك وكذبه المشتري أو باعه من غير غصب وأقر

(قوله والمثلي المخلوط بخلاف جنسه) قال في الهداية عند قوله وما لا مثل له فعليه قيمته يوم غصبه معناه العدديات المتفاوتة أي معنى ما لا مثل له قال الاتقاني وهذا تفسير عجيب من صاحب الهداية لانه تفسير الكلي بالجزئي لان ما لا مثل له يشمل الحيوانات والذرعيات والعددي المتفاوت كالبطيخ والرمان والوزني الذي في تبعيضه مضرة وهو المصوغ منه اه

بذلك وكذبه المشترى لا يقبل اقراره فى حق المشترى لانه ملكه ظاهرا ولا يضمن البائع عندهما لانه لم يتلفه وانما التلف مضاف الى عجز المالك عن اقامة البينة قال رحمه الله (وما نقص بسكناه وزراعته ضمن النقصان كما فى النقل) وهذا بالاجماع والفرق لهما أنه أتلفه بفعله والعقار يضمن بالاتلاف ولا يشترط لضمان الاتلاف أن يكون فى يده ألا ترى أن المشترى يضمن به بخلاف ضمان الغصب حيث لا يضمن الا بالحصول فى اليد وعلى هذا الوركب دابة الغير بغير اذنه ولم يسيرها حتى نزل ثم هلكت لم يضمن لعدم النقل وان تلفت بركوبه يضمن لوجود الاتلاف بفعله وهو نظير ما لو قعد على بساط الغير بغير اذنه واختلفوا فى تفسير النقصان قال نصير بن يحيى انه ينظر بكم تستأجر هذه الارض قبل الاستعمال وبعده فيضمن ما تفاوت بينهما من النقصان وقال محمد بن سلمة يعتبر ذلك بالشراء يعنى أنه ينظر بكم تباع قبل الاستعمال وبكم تباع بعده فنقصانها ما تفاوت من ذلك فيضمنه وهو الاقيس لان العبرة لقيمة العين دون المنفعة وذكر فى النهاية أن محمد بن سلمة رجع الى قول نصير ثم يأخذ الغاصب رأس ماله وهو البذر وما غرم من النقصان وما أنفق على الزرع ويتصدق بالفضل عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله حتى إذا غصب أرضا فزرعها كرين فأخرجت ثمانية أكرار وطحنه من المؤنة قدر كر ونقصها قدر كر فانه يأخذ منه أربعة أكرار ويتصدق بالباقى وقال أبو يوسف رحمه الله لا يتصدق بشىء لان الزيادة حصلت فى ضمانه وملكه لان ما ضمن من الفائت يملكه بأداء الضمان والمضمونات تملك بأداء الضمان عندنا مستندا الى وقت وجود السبب وهو الغصب هنا فيتبين أنه حدث فى ملكه اذ الخراج بالضمان بخلاف ما اذا لم ينقصها لانعدام الملك لعدم الضمان وهذا لانه يجب عليه ضمان كله فاذا ضمن كله ملك كله وكذا البعض ولهما انه حصل بسبب خبيث وهو التصرف فى ملك الغير فيكون سبيل التصدق اذ الفرع يحصل على وصف الاصل فصار كما اذا لم ينقص بالاستعمال ولان الملك المستند ثابت من وجه دون وجه فكان ناقصا فلا يظهر فى حق انعدام الخبث قال رحمه الله (وان استغل تصدق بالغلة كالو تصرف فى المغصوب والوديعة وربح) أى ان استغل المغصوب بأن كان عبدا مثلا فآجره فنقصه بالاستغلال وضمن النقصان تصدق الغاصب بالغلة كما يتصدق بالربح فيما اذا تصرف فى المغصوب أو الوديعة بأن باعه وربح فيه أما الاول وهو الاستغلال فالمذكور هنا قولهما وعند أبى يوسف رحمه الله لا يتصدق به وقد ذكرنا الوجه من الجانبين فى المسئلة التى قبلها وكان ينبغى أن يتصدق عما زاد على ما ضمن عندهما بالغلة كلها كما فى المسئلة الأولى ثم انما يضمن الغاصب النقصان اذا كان النقصان فى العين وكان غير ربوى لانه دخل جميع أجزائه فى ضمانه فيجب عليه ضمان قيمة ما تعذر رده من أجزائه كلا أو بعضا بخلاف المبيع حيث لا يوجب النقصان الحادث فيه قبل القبض الا الخيار ولا يوجب حط شىء من الثمن لان الاوصاف لا تضمن بالعقد وتضمن بالفعل وان ركب فرجع السعر لا يضمن بعد أن رد فى مكان الغصب لان ذلك لقلة الرغبات فيه لا للنقصان فى العين بفوت الجزء وان كان ربويا لا يمكنه أن يضمنه النقصان مع استرداد العين لانه يؤدى الى الربا اذ الجودة لا قيمة لها فى الاموال الربوية ولكنه مخير بين أن يأخذه ولا شىء له وبين أن يتركه على الغاصب ويضمنه مثله من جنسه أو قيمته من خلاف جنسه واستغلال العبد المستعار بالايجار كاستغلال المغصوب حتى يجب عليه ضمان النقصان ويتصدق بالغلة عندهما خلافا لابى يوسف رحمه الله والوجه قد بيناه ولو هلك فى يده بعد ما استغله فضمن المالك كان له أن يستعين بالغلة فى أداء الضمان لان الخبث كان لاجل المالك فاذا أخذه المالك لا يظهر الخبث فى حقه ولهذا لو سلم الغلة اليه مع العبد يباح له التناول فيزول الخبث بالتسليم وتبرأ ذمته عن القيمة بقدره بخلاف ما اذا باعه الغاصب بعد ما استغله وهلك فى يد المشترى وضمن المالك المشترى قيمته ثم رجع المشترى على الغاصب بالثمن حيث لا يكون للغاصب أن يستعين بالغلة فى أداء الثمن الى المشترى لان الخبث كان لحق المالك والمشترى ليس بمالك فلا يزول الخبث بالاداء اليه فلا يؤديه اليه الا اذا كان لا يجد غيره فترجح هو على غيره من الفقراء

باعتبار أنه ملكه وهو محتاج اليه كما أن الملتقط له أن يصرف اللقطة على نفسه اذا كان محتاجا ثم اذا أصاب مالا تصدق عنه اذا كان غنيا وقت الاستغلال وان كان فقيرا فلا شئ عليه لما ذكرنا من ترجحه على غيره من الفقراء وأما الثاني وهو ما اذا تصرف في المغصوب أو الوديعة وربح فهو على وجوه إما أن يكون مما يتعين بالتعيين كالعروض أو لا يتعين كالنقدين فان كان مما يتعين لا يحل له التناول منه قبل ضمان القيمة وبعده يحل الافيما زاد على قدر القيمة وهو الربح المذكور هنا فانه لا يطيب له ويتصدق به لان العقد يتعلق فيما يتعين حتى ينفسخ العقد بالهلاك قبل القبض فتمكن الخبث فيه وان كان مما لا يتعين فقد قال الكرخي انه على أربعة أوجه إما أن أشار اليه ونقد منه أو أشار اليه ونقد من غيره أو أطلق اطلاقا ونقد منه أو أشار الى غيره ونقد منه وفي كل ذلك يطيب له الا في الوجه الاول وهو ما اذا أشار اليه ونقد منه لان الاشارة اليه لا تفيد التعيين فيستوي وجودها وعدمها الا اذا أكد بالنقد منها وقال مشايخنا رحمهم الله لا يطيب بكل حال أن يتناول منه قبل أن يضمن وبعد الضمان لا يطيب الربح بكل حال وهو المختار واطلاق الجواب في الجامعين والمضاربة يدل على ذلك ووجهه أنه بالنقد منه استفاد سلامة المشترى وبالاشارة استفاد جواز العقد لتعلق العقد به في حق القدر والوصف فتثبت فيه شبهة الحرمة للملك بسبب خبيث واختار بعضهم الفتوى على قول الكرخي في زماننا لكثرة الحرام وهذا كله على قولهما وعند أبي يوسف رحمه الله لا يتصدق بشئ منه والوجه ما بينا وهذا الاختلاف بينهم فيما اذا صار بالتقلب من جنس ما ضمن بان ضمن دراهم مثلا وصار في يده من بدل المضمون دراهم وان كان في يده من بدله خلاف جنس ما ضمن بأن ضمن دراهم وفي يده من بدله طعام أو عروض لا يجب عليه التصدق بالاجماع لان الربح انما تبين عند اتحاد الجنس ولم يصر بالتقلب من جنس ما ضمن لا يظهر الربح قال رحمه الله (وملك بلا حل انتفاع قبل أداء الضمان بشئ وطبخ وطحن وزرع واتخاذ سيف وانا غيرا لحرين وبناء على ساجة) لانه لو ملكه بذلك للحقه ضرر وكان ظلما والظلم لا يظلم بل ينصف ثم الضابط فيه أنه متى تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها ومعظم منافعها أو اختلطت بملك الغاصب بحيث لا يمكن تمييزها أصلا أو لا بحرج زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمنها ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها وما ذكره من شي اللحم وطبخه وطبخ الحنطة أو طحنها وزرعها واتخاذ الحديد سيفا أو اناء واتخاذ غيره مثل الصفر إناء والبناء على الساجة بهذه المثابة فملكها الغاصب الا الذهب والفضة فانه لا يملكهما باتخاذه آنية أو بضربه دنانير أو دراهم عند أبي حنيفة رحمه الله وهما المراد بقوله غيرا لحرين وقال الشافعي رحمه الله لا ينقطع حق المالك عن العين وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله غير أنه اذا اختار أخذ العين لا يضمنه النقصان عنده في الاموال الربوية لانه يفضي الى الربا وعند الشافعي رحمه الله يضمنه وقد بينا من قبل وعن أبي يوسف رحمه الله أن ملكه يزول عن العين ويملكه الغاصب لكنه يباع فيوفى بدين المغصوب منه يعني ما وجب له عليه بالغصب من المثل أو القيمة وان مات الغاصب فالمغصوب منه أحق به من سائر الغرماء على مثال الرهن والمبيع قبل القبض وجعل الآبق لعدم رضاه ببطلان حقه فصار كالمشترى اذا قبض المبيع بغير اذن البائع قبل ايفاء الثمن بل أولى لان الملك أقوى من اليد فاذا لم يبطل حق اليد به فأولى أن لا يبطل به حق الملك للشافعي رحمه الله أن العين ملكه فبقي ملكه ما بقيت العين وبقيامها وصفها اذ هو قائم بها فيترجح هو لكونه صاحب أصل ولان الدقيق حنطة فرقت أجزاؤها وذلك لا يوجب الخروج عن ملكه كالقطع في الثوب والذبح والسلخ والتأريب في الشاة ولان فعله محظور فلا يكون سببا للملك اذ المحظور لا يناط به نعمة الملك على أصل فلا يعتبر فعله فصار كما اذا وقعت الحنطة في الطاحونة وانطحنت بفعل الماء والهواء من غير صنع أحد ولنا أنه استهلك العين من وجه ألا ترى أن المقاصد قد فات بعضها وكذا الذات قد فات من وجه بالاستحالة حتى صار له اسم آخر وقد أحدث فيها الصنعة وهي حق للغاصب وهي قائمة من كل وجه فترجحت بذلك وان كانت وصفا على الاصل الذي

(قوله وبناء على ساجة) في المغرب الساجة بالجيم الخشبة العظيمة أي الخشبة المنحوتة المهيأة للاساس ونحوه وأما مسئلة الساحة بالحاء المهملة فتجئ اه كاكي (قوله بفعل الغاصب) قيد به لانه لو تغير لا بفعل الغاصب بأن صار العنب زبيبا والخمر خلا بنفسه والحليب جبنا والرطب تمرا فالمالك بالخيار ان شاء أخذه وان شاء تركه وضمنه ولو صار العنب زبيبا بجعل ملكه كذا في فتاوى العتابي اه درية (قوله والتأريب) قال الاتقاني تأريب الشاة جعلها إربا إربا أي عضوا عضوا اه

(قوله والمحظور لغيره لا يمتنع أن يكون سببا الخ) قال الاتقانى والجواب عن قولهم فعل الغصب عدوان محض لا يصلح سببا لنعمة الملك قلنا لا يصلح سببا له قصدا وانما جعلناه سببا عند تقرر الضمان بالاستهلاك فى ضمن حكم الضمان كى لا يجتمع البدل والمبدل فى ملك رجل واحد والضمان حكم واجب مشروع حسن بالاجماع فصار ما ثبت فى ضمنه أيضا حسنا لانه يراعى صلاحية السبب فى الاصل لا فى التبع تحقيق الكلام أن فعل الغاصب الذى هو الزراعة مثلا ليس بمحظور من حيث انه احداث الزرع وانما المحظور كونه غصبا وهو ازالة شئ عن يد المالك فاذا لم يكن محظورا من حيث انه احداث صلح سببا للملك فصار قولنا زرع حنطة مغصوبة اشارة الى احداث شئ بآلة مغصوبة بمنزلة الاصطياد بقوس الغير والاحتطاب بقدوم الغير اه (قوله فلا يحصل به تبديل العين) فى الخلاصة غصب شاة فذبحها وسلخها وجعلها إربا إربا ملكها وعليه قيمتها حية أو غصب حمارا أو بغلا فقطع يدهما أو رجلهما ملكهما وعليه قيمتهما اه قال الاتقانى والجواب عن ذبح الشاة بعد الغصب بعض أصحابنا قالوا بأنه ينقطع حق المالك بالذبح كذا فى الطريقة البرهانية فنمنعه والصحيح أنه لا ينقطع حق المالك به لان الشاة لا تصير مستهلكة بمجرد الذبح لبقاء الاسم ولهذا يقال شاة مذبوحة فاذا أربها عضوا عضوا بعضهم قالوا ينقطع حق المالك لانه صار مستهلكا بزوال التركيب لكن الصحيح خلافه كذا فى الطريقة البرهانية أيضا وذلك لان بالذبح لما لم تصر الشاة مستهلكة صار كأنه غصب شاة مذبوحة فقطعها إربا إربا فلا ينقطع حق

المالك لان المنافع المتعلقة بها لم تفت لانها كانت تقصد للاكل وبعد القطع لم يبطل هذا المعنى اه وكتب ما نصه حكى الزاهدى فيه خلافا اه (قوله فبقيت على ملكه) كذا ذكر فى الكافى اه (قوله ولو جاز الانتفاع به) أى للغاصب كما هو القياس وبه قال زفر اه (قوله أو لم يملكه) أى كما قال به الشافعى اه (قوله والقياس أن يجوز الانتفاع به) أى قبل أداء البدل اه وكتب ما نصه قال الشيخ أبو الحسن الكرخى فى مختصره وأصل هذا الباب الذى عمل عليه أصحابنا الحديث الذى روى عن النبى صلى الله عليه وسلم رواه أبو يوسف واحتج به ورواه محمد واحتج به ورواه الحسن بن زياد فى كتابه عن عاصم بن كليب الجرمى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم زار قوما فذبحوا له شاة فجعل يمضغه رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا يسيغه فسألهم عن ذلك فقالوا شاة لفلان ذبحناها حتى يأتى فنرضيه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أطعموها الاسارى فلولا أن ملك الغاصب زال عنها لم يأمرهم بالتصدق بها بل أمر ببيعها وحفظ ثمنها على الغائب وعلى هذا بنى أبو حنيفة كثيرا من مسائل الغصب قال محمد يعنى بالاسرى المحتبسين كذا فى شرح مختصر الكرخى والمعقول فى المسئلة أن الغاصب غصب الحنطة ثم استهلكها بالطحن فينقطع حق المالك عنها لا محالة فصار كما اذا غصب ثوبا فأحرقه فصار رمادا فانه ينقطع حق المالك بالاستهلاك فكذا هذا والدليل على الاستهلاك أن اسم الحنطة زال عنها بعد الطحن وكذلك زالت صورتها ومعناها فدل على الاستهلاك أما اذا زال الاسم فلانها كانت تسمى حنطة والآن تسمى دقيقا وأما زوال الصورة فلان صورتها هى الحبة السمراء المشقوقة البطن ولم تبق تلك الصورة بعد الطحن وأما معناها فلانها كانت تصلح للزراعة والقلى والطبخ الهريسة ونحو ذلك فالآن لا تصلح لذلك فاذا ثبت التغاير بينهما من هذه الوجوه كان الدقيق جنسا آخر غير الحنطة فينقطع حق المالك ولا يكون له سبيل فى الدقيق وقوله عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى ترد دليل على هذا لانه أخذ الحنطة لا الدقيق فاذا كان عينها مستهلكا يلزمه مثلها وكذلك الحنطة اذا غصبها فزرعها ينقطع حق المالك عنها لان الزرع غير الحنطة بدليل تغاير الاسم والصورة والمعنى المطلوب فصار الحادث غير ما كان اه اتقانى

هو فائت من وجه فكانت أولى بالاعتبار وهذا لان الزيادة حصلت فى العين بفعل الغاصب فكانت كسبا له والكاسب أحق بكسبه من غيره وان كان فى محل مملوك للغير لان الحكم يضاف الى العلة لا الى المحل وذات حقه قائم فكان الترجيح به ترجيحا بالذات فكان أولى من الترجيح بالاصل لانه يرجع الى الترجيح بالحال وهو البقاء وهذا ترجيح بالذات وهو الوجود من كل وجه فكان الترجيح به أولى لان الحال قائمة بالذات والمحظور لغيره لا يمتنع أن يكون سببا لحكم شرعى ألا ترى أن الصلاة فى الارض المغصوبة تجوز وتكون سببا لحصول الثواب الجزيل فما ظنك بالملك بخلاف ما استشهد به لان الذبح لا يفوت اسم الشاة يقال شاة مذبوحة وشاة حية والسلخ والتأريب لا يفوت به المقصود بالذبح فلا يحصل به تبديل العين فبقيت على ملكه بخلاف ما نحن فيه لان العين تبدلت وتجدد لها اسم آخر فصارت كعين أخرى حصلها بكسبه فيملكها غير أنه لا يجوز له الانتفاع به قبل أن يؤدى الضمان كى لا يلزم منه فتح باب الغصوب وفى منعه حسم مادته ويدل عليه قوله عليه الصلاة والسلام فى الشاة المذبوحة بغير اذن مالكها بعد الطبخ أطعموها الاسارى ولو جاز الانتفاع به أو لم يملكه لما قال ذلك والقياس أن يجوز الانتفاع به وهو قول زفر والحسن ورواية عن أبى حنيفة رحمهم الله لوجود الملك المطلق للتصرف ولهذا ينفذ تصرفه فيه كالتمليك لغيره ووجه الاستحسان ما بيناه ونفاذ تصرفه فيه لوجود الملك وذلك لا يدل على الحل ألا ترى أن المشترى شراء فاسدا ينفذ تصرفه فيه مع أنه لا يحل له الانتفاع به ثم اذا دفع القيمة اليه وأخذه أو حكم الحاكم بالقيمة أو تراضيا على مقدار حل له الانتفاع به لوجود الرضا من المغصوب منه

(قوله وقال أبو يوسف الخ) قال في الهداية وعلى هذا الخلاف اذا غصب حنطة فزرعها أو نواة فغرسها قال الاتقاني يعني لا يحل الانتفاع بالمغصوب قبل أداء البدل خلافا لزفر الا أن أبا يوسف قال في هاتين الصورتين يحل الانتفاع قبل أداء البدل وقبل أن يرضى صاحبه لانه صار مستهلكا من كل وجه لان الحبة صارت فسيلا والنواة صارت نخلا بخلاف ما تقدم من غصب الشاة وذبحها وطبخها وغصب الحنطة وطحنها حيث لا يحل الانتفاع قبل ارضاء المالك لان أجزاء الشاة والحنطة باقية وهذا معنى قوله لقيام العين فيه من كل وجه اه (قوله أو أوانى) قال الحاكم الشهيد في مختصره المسمى بالكافي وان غصب فضة فضرب بها دراهم أو صاغها اناء قال يأخذها ولا أجر للغاصب ولا يشبه هذا الحديد والصفر لانه فضة بعينها لا يخرج من الوزن وقال أبو يوسف ومحمد يعطيه مثل قيمته وكذلك الذهب الى هنا لفظ الحاكم رحمه الله اه اتقاني (قوله وعند الشافعي لا ينقطع حق المالك الخ) قال الاتقاني وقال زفر ينقض البناء وبه قال الشافعي اه (قوله وكذا الوذبح الجزور) ليس في خط (٣٣٨) الشارح اه قال في الهداية وكذا الجزور اه يعني اذا غصب الجزور وهي التي أعدت للذبح من الابل من الجزر وهو القطع ثم ذبحها فالحكم فيه كما في غصب الشاة اذا ذبحها اما أن يأخذ العين مع نقصان الذبح واما أن يترك العين ويضمن جميع القيمة وانما ذكر الجزور دفعا لوهم من توهم وهو أن يقال اذا كانت الجزور معدة للذبح لم يكن معنى الدر والنسل فيها مطلوبا فكيف يلزم النقصان بل الذبح زيادة لانه يؤخذ لاجل العوض فأجاب عنه وقال لا تفاوت الحكم بين أن يكون الحيوان معدا للذبح أو لم يكن لان الذبح في الحيوان نقص من حيث تفويت الحياة اه اتقاني (قوله وقطع اليد أو الرجل كالذبح) قال في الهداية وكذا اذا قطع يديها أي يد الشاة والجزور قال الاتقاني أي حكم قطع يد الشاة والجزور حكم ذبحها يعني أن للمالك الخيار ان شاء أخذ العين مع نقصان القطع وان شاء ترك العين للغاصب وضمنه جميع القيمة وهذه رواية عن أصحابنا والظاهر أن له تضمين جميع القيمة بلا خيار ألا ترى الى ما قال الحاكم الشهيد في مختصره المسمى بالكافي وأما الدابة اذا غصبها فقطع يدها أو رجلها فلا يشبه أي لا يشبه الخرق الكثير في الثوب قال لانه استهلكها وليس ينتفع صاحبها بما بقي والغاصب ضامن لقيمة الدابة وهي له وكذلك لو كانت بقرة أو شاة أو جزورا فذبحها أو قطع يدها أو رجلها الى هنا لفظ الحاكم الشهيد رحمه الله وذلك لان الدابة بعد ما قطعت يدها أو رجلها لا ينتفع بها الانتفاع الدواب فصارت هالكة فالغاصب مستهلك يجب عليه القيمة وتكون الدابة له بخلاف الثوب فان الثوب بالخرق الفاحش لا يكون هالكا لانه يمكن أن ينتفع به انتفاع الثياب فلا يضمنه القيمة بلا خيار بل يكون للمالك الخيار اه (قوله ولو كانت الدابة غيرما كولة اللحم) قال الاتقاني هذا الفرق بين ما كول اللحم وغيرما كول اللحم في قطع الطرف على ما ذهب اليه صاحب الهداية والظاهر وجوب تضمين جميع القيمة فيهما بالخيار

لان الحاكم لا يحكم الا بطلبه فصلت المبادلة بالتراضي وقال أبو يوسف رحمه الله في الحنطة المزروعة والنواة المزروعة يجوز له الانتفاع قبل أداء الضمان لوجود الاستهلاك من كل وجه ولا يتصدق بالفضل عنده وقد بيناه من قبل وأما الذهب والفضة فالمذكور هنا قول أبي حنيفة رحمه الله وعندهما على ما لهما الغاصب بضربهما دنانير أو دراهم أو أوانى لما ذكرنا في غيرهما والجامع أنه أحدث فيه الصنعة المتقومة وفوت بعض مقاصده ولابي حنيفة رحمه الله أن العين باقية من كل وجه ولم تهلك من وجه ما ألا ترى أن الاسم لم يتغير ومعناه الثمنية وهو أيضا باق وكذا كونه موزونا باق أيضا حتى يجري فيه الربا باعتباره وكذا الصنعة فيهما غير متقومة أيضا مطلقا ألا ترى أنها لا قيمة لها عند المقابلة بالجنس بخلاف غيرهما وقال الكرخي والفقيه أبو جعفر انما ينقطع حق المالك عن الساجة اذا بنى حولها وأما اذا بنى عليها فلا ينقطع حق المالك لانه متعد في البناء عليها والساجة من وجه كالاصل لهذا البناء فيهدم للرد كما اذا بنى في الارض المغصوبة وعند الشافعي رحمه الله لا ينقطع حق المالك كيفما كان فيهدم البناء ويأخذ ساجته لانه وجد عين ماله فكان أحق به بالنص وعندنا انقطع حقه مطلقا في الصحيح لان في قلعه ضررا بالغاصب وقال عليه الصلاة والسلام لا ضرر ولا ضرار في الاسلام وضرر المالك مجبور بضمان القيمة فلا يعد ضررا فصار كما اذا خاط بالخيط المغصوب بطن آدمي أو أدخل لوحا مغصوبا في السفينة وكانت في لجج البحر هذا اذا كانت قيمة البناء أكثر من قيمة الساجة وأما اذا كانت قيمة الساجة أكثر من قيمة البناء فلم ينقطع حق المالك عنها ذكره في النهاية معزيا الى الذخيرة قال رحمه الله (ولو ذبح شاة أو خرق ثوبا فاحشا ضمن القيمة وسلم المغصوب اليه أو ضمن النقصان) وكذا لو ذبح الجزور وقطع اليد أو الرجل كالذبح لان هذه الاشياء اتلاف من وجه باعتبار فوت بعض الاغراض من الحمل والدر والنسل وفوات بعض المنفعة في الثوب فيخير بين تضمين جميع قيمته وتركه له وبين تضمين نقصانه وأخذه وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله أنه ليس له أن يضمنه النقصان اذا أخذ اللحم لان الذبح والسلخ زيادة فيها لانتفاع احتمال الموت حتف أنفها وأمكن الانتفاع لحمها بيقين والاول هو الظاهر لانه نقصان باعتبار فوات بعض الاغراض على ما بينا آنفا ولو كانت الدابة غير مأكولة اللحم يضمن قاطع الطرف جميع قيمتها لانه استهلاك من كل وجه بخلاف قطع طرف العبد حيث يضمن نصف قيمته مع أخذه لانه

منتفع به بعد قطع الطرف لانه بعد القطع صالح لجميع ما كان صالحا له قبله من الانتفاع ولا كذلك الدابة فانها لا تصلح للحمل ولا للركوب بعد القطع (وفي الخرق اليسير ضمن نقصانه) يعني مع أخذ عينه وليس له غير ذلك لان العين قائمة من كل وجه وانما دخله عيب فنقص لذلك فكان له أن يضمنه النقصان واختلفوا في حد الخرق اليسير والكبير قيل ما يوجب نقصان ربع القيمة فاحش ومادونه يسير وقيل الفاحش ما ينقص به نصف القيمة لاستواء الهالك والقائم فيخير المالك بين أن يميل الى الهالك أو القائم والصحيح أن الفاحش ما يفوت به بعض العين وجنس المنفعة ويبقى بعض العين وبعض المنفعة واليسير ما لا يفوت به شئ من المنفعة وانما يدخل فيه نقصان في المنفعة لان الاستهلاك المطلق من كل وجه عبارة عن اتلاف جميع المنفعة والاستهلاك من وجه عبارة عن تفويت بعض المنافع والنقصان عبارة عن تعييب المنافع مع بقائها وهو تفويت الجودة لاغير ولا عبرة بقيام أكثر المنافع لان الرجحان انما يطلب اذا تعذر العمل بأحدهما ومتى أمكن العمل بهما لا يصار الى الترجيح ولا يشتغل به وهنا أمكن اعتبار الاستهلاك والنقصان باثبات الخيار له فلا يعتبر الراجح وذكر في النهاية أن الفاحش هو المستأصل للثوب وهو أن يجعل الثوب لا يصلح الا للخرق ولا يرغب في شرائه وعزاه الى الحلواني وقال شمس الائمة السرخسي الحكم الذي ذكرنا في الخرق في الثوب من تخيير المالك اذا كان الخرق فاحشا هو الحكم في كل عين من الاعيان الا في الاموال الربوية فان التعييب هناك فاحشا كان أو يسيرا كان لصاحبها الخيار بين أن يمسك العين ولا يرجع على الغاصب بشئ وبين أن يسلم العين ويضمنه مثله أو قيمته لان تضمين النقصان متعذر لانه يؤدي الى الربا هذا اذا قطع الثوب ولم يجتد فيه صنعة وأما اذا جدد فيه صنعة بأن خاطه قميصا مثلا فانه ينقطع به حق المالك عنه عندنا كذا ذكره في النهاية معزيا الى الذخيرة قال رحمه الله (ولو غرس أو بنى في أرض الغير قلعا ورد ت) أي قلع البناء والغرس ورد ت الارض الى صاحبها لقوله عليه الصلاة والسلام ليس لعرق ظالم حق أي ليس لذي عرق ظالم وصف العرق بصفة صاحبه وهو الظلم وهو من المجاز كما يقال صائم نهاره وقائم ليله قال الله تعالى فيها يفرق كل أمر حكيم ولان الارض باقية على ملكه اذ لم تصر مستهلكة ولا مغصوبة حقيقة ولا وجد فيها شئ يوجب ملك الغاصب فيؤمر بتفريغها ورد ها الى مالكها كما اذا أشغل ظرف غيره بالطعام هذا اذا كانت قيمة الساحة أكثر من قيمة البناء وان كانت قيمة البناء أكثر فللغاصب أن يضمن له قيمة الساحة فيأخذها ذكره في النهاية وعلى هذا لو باعت دجاجة لؤلؤة ينظر أيهما أكثر قيمة فلصاحبه أن يأخذ ويضمن قيمة الآخر وعلى هذا التفصيل لو أدخل فصيل غيره في داره وكبر فيها ولم يمكن اخراجه الا بهدم الجدار وعلى هذا التفصيل لو أدخل البقر رأسه في قدر من النحاس فتعذر اخراجه قال رحمه الله (وان نقصت الارض بالقلع ضمن له البناء والغرس مقلوعا ويكون له) أي اذا كانت الارض تنتقص بالقلع كان لصاحب الارض أن يضمن للغاصب قيمة البناء أو الغرس مقلوعا ويكونان له لان فيه دفع الضرر عنهما فتعين فيه النظر لهما وانما يضمن له قيمته مقلوعا لانه مستحق القلع وليس له أن يستديم فيها فتعتبر قيمته في ذلك الوقت مقلوعا وكيفية معرفتها أن تقوم الارض وبها بناء أو شجر استحق قلعه أي أمر بقلعه وتقوم وحدها ليس فيها بناء ولا غرس فيضمن فضل ما بينهما كذا قالوا وهذا ليس بضمان لقيمته مقلوعا بل هو ضمان لقيمته قائما مستحق القلع وانما يكون ضمانا لقيمته مقلوعا أن لو قوم البناء والغرس مقلوعا موضوعا في الارض بأن يقدر الغرس حطبا والبناء آجرا أو لبنا أو حجارة مكومة على الارض فيقوم وحده من غير أن يضم الى الارض فيضمن له قيمة الحطب والحجارة المكومة دون المبنية قال رحمه الله (وان صبغ أولت السويق بسمن ضمنه قيمة ثوب أبيض ومثل السويق أو أخذهما وغرم مازاد الصبغ والسمن) يعني اذا غصب ثوبا فصبغه أو سويقا فلته بسمن فالمالك بالخيار ان شاء ضمنه قيمة ثوبه أبيض ومثل السويق وان شاء

وقدم قبل هذا اه (قوله لانه بعد القطع صالح لجميع ما كان صالحا له) فيه نظر وينبغي أن يقال لانه منتفع به بعد قطع طرفه في بعض المنافع اه من خط قارئ الهداية (قوله وقام ليله) وصف الليل والنهار والامر بصفة صاحبه اه من خط الشارح (قوله ان شاء ضمنه قيمة ثوبه أبيض ومثل السويق) قال في الكنز في كتاب المضاربة ولو قصره أو حمله عماله وقيل له اعمل برأيك فهو متطوع فيما أنفق وان صبغه أحمر فهو شريك بما زاد الصبغ فيه ولا يضمن اه قال الاتقاني الا ترى أن الغاصب لو قصر يضيع ماله ولو صبغ لا يضيع فهنا أولى ولهذا لو صبغه أحمر أو أصفر لم يكن للمالك أن يأخذ مجانا بل يخير رب الثوب ان شاء أخذ الثوب وأعطاه قيمة ما زاد الصبغ فيه يوم الخصومة لا يوم الاتصال بثوبه وان شاء ضمنه جميع قيمة الثوب أبيض يوم صبغه وترك الثوب عليه فكذلك ههنا يكون شريكا بقدر ماله اه وقد نقلت عبارته في المضاربة بأتم من هذا وأفيد اه قوله فكذلك ههنا أي المضارب اه وقوله يكون شريكا بقدر ماله أي كالغاصب اه

أخذ المصبوغ والمثوب وغرم مازاد الصبغ والسمن وقال الشافعي رحمه الله في الثوب يؤمر الغاصب بقلع الصبغ بالغسل بقدر الامكان ويسلمه لصاحبه وان انتقص قيمة الثوب بذلك فعليه ضمان النقصان لان الغاصب متعد فلم يكن لفعله عبرة والتمييز ممكن فصار نظير الغرس والبناء في الارض بخلاف السمن في السويق لتعذر التمييز ولنا أن الصبغ مال متقوم كالثوب وبجنايته لا يسقط تقوم ماله فيجب صيانة حقهما ما أمكن وكان صاحب الثوب أولى بالتخيير لانه صاحب أصل والآخر صاحب وصف وهو قائم بالاصل وكذا السويق أصل والسمن تبع ألا تراهم يقولون سويق ملتوت فيخير صاحبه لتعذر التمييز بخلاف البناء والغرس لان التمييز ممكن فيه بالنقض وله وجود بعد النقض فأمكن ايصال حق كل واحد منهما اليه والصبغ يتلاشى بالغسل فلا يمكن ايصاله الى صاحبه وبخلاف ما اذا انصبغ من غير فعل أحد كالقاء الريح حيث لا يثبت فيه لرب الثوب الخيار بل يؤمر صاحبه بدفع قيمة الصبغ الى صاحبه لانه لا جناية من صاحب الصبغ حتى يضمن الثوب بل يملك صاحب الثوب الصبغ بقيمته وقال أبو عصمة في مسئلة الغصب ان شاء رب الثوب باع الثوب فيضرب كل واحد منهما بقيمة ماله وهذا طريق حسن أيضا لامكان وصول حق كل واحد منهما به الى صاحبه ويتأتى هذا فيما اذا انصبغ الثوب بنفسه أيضا والجواب في اللت كالجواب في الصبغ غير أنه يضمن فيه مثل السويق وفي الصبغ قيمته لان السويق والسمن من ذوات الامثال بخلاف الصبغ والثوب وفي الكافي قال في المبسوط يضمن قيمة سويقه لانه يتفاوت بتفاوت القلي فلم يبق مثليا كالخبز وما روي عن أبي حنيفة رحمه الله من أن الغاصب اذا صبغ الثوب أسود فهو نقصان وعندهما زيادة كالحمرة والصفرة راجع الى اختلاف عصر وزمان فان بني أمية في زمانه كانوا يتشنعون عن لبس السواد وفي زمانهما بنو العباس كانوا يلبسون السواد فأجاب كل منهم على ما شاهد من عادة أهل عصره ولا خلاف فيه بينهم في الحقيقة ولهذا لم يتعرض في المختصر لذكر هذا الاختلاف ولا لون الصبغ لان من الثياب ما يزداد بالسواد ومنها ما ينتقص وكذا من الثياب ما يزداد بالحمرة والصفرة ومنها ما ينتقص دون لون بل لا يعتبر فيه الا الزيادة والنقصان حقيقة ولو كان ثوبا ينقصه الصبغ بأن كانت قيمته ثلاثين درهما مثلا فتراجعت بالصبغ الى عشرين فعن محمد رحمه الله ينظر الى ثوب يزيد فيه ذلك الصبغ فان كانت الزيادة خمسة أخذ رب الثوب ثوبه وخمسة دراهم لان صاحب الثوب وجب له على الغاصب ضمان نقصان قيمة ثوبه عشرة دراهم ووجب عليه للغاصب قيمة صبغه خمسة فالخمسة بالخمسة قصاص ويرجع عليه بما بقي من النقصان وهو خمسة رواه هشام عن محمد رحمه الله وهو مشكل من حيث ان المغصوب منه لم يصل اليه المغصوب كله وانما وصل اليه بعضه وكان من حقه أن يطالب هو الى تمام حقه فكيف يتوجه عليه الطلب وهو لم ينتفع بالصبغ شيأ ولم يحصل له به الا تلف ماله وكيف يسقط عن الغاصب بعض قيمة المغصوب بالاتلاف والاتلاف مقرر لوجوب جميع القيمة وكيف صار مسقطا له هنا

﴿فصل﴾ قال رحمه الله (غيب المغصوب وضمن قيمته ملكه) وقال الشافعي رحمه الله لا يملكه لان الغصب محظور فلا يكون سببا للملك كما في المدبر وهذا لان الملك مرغوب فيه وهو حكم شرعي فلا يصلح المحظور سببا له لانه يلزم منه ترغيب الناس فيه لتحصيل ما هو مرغوب فيه لهم ولا يجوز اضافة مثل الى الشارع فوجب أدنى درجات السبب أن يكون مباحا كي لا يلزم الترغيب في تحصيل الحرام ولانه قبيح لانه منهي عنه بقوله تعالى لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض والغصب ليس بتجارة عن تراض فكان باطلا والباطل لا يفيد الملك وهذا لانه عدوان محض وليس فيه شبهة الاباحة كالقتل فكيف يستفاد الملك بالجناية المحضة ولنا أن المالك ملك بدل المغصوب رقبة ويدا فوجب أن يزول ملكه عن المبدل اذا كان يقابله دفعا للضرر عن الغاصب وتحقيقا للعدل أو ضرورة حتى

﴿فصل﴾ (قوله كما في المدبر) أي اذا غصب وغيبه الغاصب وضمن قيمته اه (قوله فوجب) أي أن لا يكون سببا اذ هذا الملحق يحتاج اليه لتصحيح كلام الشارح رحمه الله فتأمل اه

لايجتمع البدل والمبدل فى ملك رجل واحد فانه مستحيل واسمه ينبئ عنه فان البدل اسم لما يقوم مقام الفائت لا لما يقوم مقام القائم فاذا ثبت ملكه فيه على الكمال وجب أن يزول ملكه فى المبدل ليتحقق معنى هذا الاسم وكذا النظ الجبران ينبئ عنه فانه لا يكون الا عن الفائت كالبدل ولا يقال هذا بدل عما فات وهو اليد لا الملك لان الفائت بفعل الغاصب هو اليد دون الملك اذ ملكه قائم فى العين فلا يكون بدلا عن العين ولهذا قلنا لو كسر قلب غيره فقضى عليه القاضى بقيمته وأخذ القلب ثم افترقا قبل القبض لا يبطل القضاء ولو كان بدلا عن العين لبطل لكونه صرفا لانا نقول لو كان بدلا عما فات من اليد مع بقاء العين فى ملكه لكان اجحافا بالغاصب بازالة ملكه عن البدل واثبات الملك فيه للمغصوب منه بمقابلة عين فى ملكه مع امكان تحقيق العدل بينهما وهذا خلاف فكان من ضرورة القضاء بقيمة العين زوال ملكه عنها ليتحقق معنى البدل والجبران فكان ثبوت المبادلة ضرورة والثابت للضرورة يتقدر بقدرها فلا يكون بمعنى من كل وجه فلا يظهر فى حق البطلان بالافتراق قبل القبض لان شرط التقابض ثبت فيما هو سبب الملك مقصودا فلا يتعداه وأما المدبر فنقول نزول ملكه عنه يدخل فى ملك الغاصب ضرورة ولهذا لو لم يظهر المدبر وظهر له كسب كان للغاصب الا أنه اذا ظهر المدبر يعاد الى ملك المغصوب منه صيانة لحق المدبر أو نقول المدبر لا يقبل النقل فيجعل الضمان بدلا عن اليد التى فاتت بفعله للضرورة أو عن العين من غير أن يدخل فى ملكه شئ كما فى ضمان العتق عندهما ولا يقال المدبر يقبل النقل من ملك الى ملك ولهذا لو قضى القاضى بجواز بيعه نفذ لانا نقول ينفسخ التدبير بالقضاء فينفذ البيع بعد القضاء لكونه قابلا بعد انفساخه والجواب عما تلا أن رضاه قد وجد بطلب القيمة منه ونحن لا نجعل الغصب القبيح سببا للملك بل الغصب موجب لرد العين عند القدرة ولرد القيمة عند العجز بطريق الجبران وهذا الحكم هو المقصود بهذا السبب ثم يثبت الملك للغاصب شرط القضاء بالقيمة لاحكما ثابتا بالغصب مقصودا ولهذا الاعلان الولد بخلاف الزيادة المتصلة والكسب لانه تبع اذ الكسب بدل المنفعة ولا كذلك المنفصل بخلاف البيع الموقوف أو الذى فيه الخيار حيث يملك به الزيادة المنفصلة أيضا لانه سبب موضوع للملك فيستند من كل وجه قال رحمه الله (والقول فى القيمة للغاصب مع يمينه والبينة للمالك) لان الغاصب منكر والمالك مدع ولو أقام الغاصب البينة لا تقبل لانها تنفى الزيادة والبينة على النفى لا تقبل ذكره فى النهاية ثم قال فيه قال بعض مشايخنا ينبغى أن تقبل بينة الغاصب لاسقاط اليمين وقد تقبل البينة لاسقاط اليمين ألا ترى أن المودع اذا ادعى رد الوديعة يقبل قوله ولو أقام البينة تقبل بينته ثم قال وكان أبو على النسفى يقول هذه المسئلة عندى مشكلة ومن المشايخ من فرق بين هذه المسئلة وبين مسئلة الوديعة وهو الصحيح قال رحمه الله (فان ظهر وقيمته أكثر وقد ضمنه بقول المالك أو ببينته أو بنكول الغاصب فهو للغاصب ولا خيار للمالك) لانه رضى به وتم ملكه برضاه حيث سلم له ما ادعاه قال رحمه الله (وان ضمنه بين الغاصب فللمالك عين الضمان أو يأخذ المغصوب ويرد العوض) لعدم تمام رضاه بهذا القدر من الضمان وانما أخذ دون القيمة لعدم الحجة لا للرضا به ولو ظهر المغصوب وقيمته مثل ما ضمنه أو أقل فى هذه الصورة وهى ما اذا ضمنه بقول الغاصب مع يمينه قال الكرخى رحمه الله لا خيار له لانه ظفر على ماله ملكه بكماله وفى ظاهر الرواية يثبت له الخيار وهو الاصح لان ثبوت الخيار لفوات الرضا وقد فات هنا حيث لم يحصل له ما يدعيه وله أن لا يبيع ماله الا بثمن يختاره ويرضى به فكان له الخيار ثم اذا اختار المالك أخذ العين فللغاصب أن يحبس العين حتى يأخذ القيمة التى دفعها اليه لانها مقابلة بالعين بخلاف المدبر لانه غير مقابل به بل بما فات من اليد على ما بينا قال رحمه الله (وان باع المغصوب فضمنه المالك نفذ بيعه وان حرره ثم ضمنه لا) أى لو باع الغاصب المغصوب أو أعتقه ثم ضمنه المالك قيمته نفذ بيعه ولا ينفذ عتقه والفرق بينهما أن ملك الغاصب ناقص لانه ثبت مستندا وضرورة وكل ذلك ثابت من وجه دون وجه ولهذا لا يظهر الملك فى حق الاولاد ويظهر فى حق الاكساب لان الولد أصل من

(قوله أو نقول المدبر لا يقبل النقل) أى من ملك الى ملك فلهذا لم يملكه الغاصب بالضمان اه اتقانى (قوله فى المتن ويرد العوض) أى ولو كان قيمتها أكثر مما أخذ بدائع اه عمادية فى آخر سبعة وعشرين

وجه تبع من وجه قبل الانفصال وبعده أصل من كل وجه والكسب تبع من كل وجه لكونه بدل المنفعة وهي تبع محض والملك الناقص يكفي لنفوذ البيع دون العتق ألا ترى أن البيع ينفذ من المكاتب بل من المأذون دون عتقه ولا يشبه هذا عتق المشتري من الغاصب حيث ينفذ باجازة المالك البيع عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وكذا بضمان الغاصب القيمة في الاصح لانه عتق ترتب على سبب ملك تام بمفسه موضوع له فينفذ العتق بنفوذ السبب والدليل على أنه تام أن الاشهاد يشترط في النكاح الموقوف عند العقد لا عند الاجازة ولو لم يكن تاما لاشترط عند الاجازة ولهذا لو تصارف الغاصبان وتقابضا وافترقا وأجاز المالك بعد الافتراق جاز الصرف وكذا البيع يملك عند الاجازة بزوائده المتصلة والمنفصلة ولو لم يكن تاما بنفسه لما كان كذلك قال رحمه الله (وزوائد المغصوب أمانة فتضمن بالتعدي أو بالمنع بعد طلب المالك) وقال الشافعي رحمه الله هي مضمونة على الغاصب ولا فرق بين أن تكون الزيادة متصلة أو منفصلة أو كانت بالسعر على المذهبين للشافعي رحمه الله أنها متولدة من عين مضمونة فتكون مضمونة مثلها لما عرف أن الاوصاف الشرعية تسري من الاصل الى ما تولد منه ألا ترى أن ولد أم الولد والمدبرة والمكاتبة والقنة والحرة يسري اليه حكم أمه حتى يكون حكمه كحكم أمه وكذا ولد الظبية المخرجة من الحرم يسري اليه حكم أمه ولان الغصب هو اثبات اليد على ملك الغير بغير اذن مالكه وقد تحقق ذلك في الزوائد بحسب تحققه في الاصل فكان مضمونا كالاصل وصار كولد الظبية المخرجة من الحرم ولنا أن الغصب ازالة يد المالك باثبات اليد عليه ولا يتحقق ذلك في الزوائد لانها لم تكن في يد المالك حتى يزيلها عنه فلم يتحقق تفويت اليد فلا يصير غصبا فلا يضمن الا بالتعدي أو بالمنع عند طلبه لان المنع تعد وانما يضمن ولد الظبية عنده لوجود المنع منه لان الرد الى الحرم حق الشرع وهو مأمور به كما أخرجها فيكون متعديا بالامتناع عن الرد حتى لو هلك قبل تمكنه من رده الى الحرم لا يضمن لعدم المنع على هذا أكثر مشايخنا رحمهم الله ولو قلنا بوجوب الضمان مطلقا تمكن من الرد أو لم يتمكن فهو ضمان اتلاف لان الصيد كان في الحرم آمنا ببعده عن أيدي الناس وقد فوت عليه الامن باثبانه اليد عليه فتحققت الجناية عليه بذلك ولهذا لو أخرج جماعة من الحرمين صيدا واحدا من الحرم يجب على كل واحد منهم جزاء كامل لتحقق الجناية منهم ولو كان من باب الغصب لما وجب عليهم الا قيمة واحدة يوضحه أنه يجب بالاعانة والاشارة والدلالة لازالة الامن فلان يجب باثبات اليد عليه وهو فوقها جناية أولى وأحرى قال رحمه الله (وما نقصت الجارية بالولادة مضمون ويجبر ولدها) أي اذا ولدت الجارية ولدا ونقصت بالولادة كان النقصان مضمونا على الغاصب وان كان في قيمة الولد وفاء به يجبر النقصان بالولد ويسقط ضمانه عن الغاصب وان لم يكن وفاء به يسقط بحسابه وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجبر النقصان بالولد لان الولد ملكه فكيف يجبر ملكه على ملكه فصار كولد الظبية المخرجة من الحرم وكما لو هلك الولد قبل الرد أو هلكت الام بالولادة أو غيرها من الاسباب وكما لو جز صوف شاة غيره أو قطع قوائم شجر غيره فنبت مكانه غيره أو خصى عبد غيره فازدادت قيمته أو علمه فأضناه التعليم وازدادت به قيمته فانه يضمن الجزء الفائت ولا يجبر بالزيادة التي حصلت به وان كان سبب النقصان والزيادة متحدا ولنا أن سبب النقصان والزيادة واحد وهو الولادة لانها أوجبت فوات جزء من مالية الام وحدوث مالية الولد لان الولد انما صار مالا بالانفصال وقبله لا يعتد به ألا ترى أنه لا يجوز التصرف فيه ببيع وهبة ونحوه فاذا صار مالا به انعدم ظهور النقصان به فانتفى الضمان فصار كما اذا شهد الشهود بالبيع بمثل القيمة أو أكثر ثم رجعوا عن الشهادة لا يضمنون لانهم أخلفوا بالشهادة قدر ما أتلفوا بها فلا يعتد بالاتلاف لاتحاد السبب كذا هذا وكما اذا قطعت يده عند الغاصب فردته مع ارش اليد فانه يجبر نقصانه بالارش لما ذكرنا من اتحاد السبب

(قوله فلا يصير غصبا) أي فاذا لم يوجد حد الغصب في الزيادة لا يجب الضمان لان الزيادة حصلت في يده بغير صنعه بايجاد الله تعالى ولا صنع للغاصب في احداث الولد فصار كما اذا هبت الريح على ثوب انسان فألقته في حجر غيره فانه لا يكون مضمونا عليه لانه لم يوجد الصنع من جهته ولكنه يكون واجب الرد الى مالك الاصل حتى اذا فوت الرد بالتعدي كالاكل والبيع ونحو ذلك أو بالمنع بعد الطلب يكون ضامنا اه اتقاني (قوله على هذا أكثر مشايخنا) وقال الاتقاني والمذهب أكثر مشايخنا اه (قوله وقال زفر والشافعي الخ) قال الاتقاني والكلام مع الشافعي في هذه المسئلة بناء على المسئلة الاولى وهي أن زوائد المغصوب عندنا أمانة متصلة كانت أو منفصلة وعنده مضمونة ثم لما كان الولد مضمونا عنده لم يجز أن يجبر به نقصان الام لانه مشغول بضمان نفسه فلا يجوز أن يؤدى به ضمان غيره لان الشئ الواحد لا يتأدى به ضمانان في حالة واحدة وبهذا الطريق أجمعت الامة في ولد الظبية اذا أخرجت من الحرم وانتقصت بالولادة أن الولد لا يجوز أن يكون جابرا لنقصان الام لانه لما كان مضمونا بنفسه لا يجوز أن يؤدى به ضمان غيره فأما زفر فانه يسلم أن زوائد المغصوب أمانة ولكنه يمنع أن يكون النقصان مجبورا بالولد لان الولد ملك المغصوب منه فلا يصلح أن يكون ملكه جابرا لملكه اه

السبب لان السبب الواحد لما أثر فى الزيادة والنقصان كانت الزيادة مخلصة عن النقصان ولان الواجب على الغاصب أن يرد ما غصب وماليته كما غصبه من غير نقصان فاذا فعل ذلك برئ من الضمان ألا ترى انه لو غصب جارية سمينة فرضت عنده وهزلت ثم تعافت وسمنت حتى عادت مثل ما كانت فردها لا ضمان عليه ولو كان مطلق الفوات يوجب الضمان لضمن وكذا اذا سقط سنها أو قلعه الغاصب فنبت مكانه أخرى فردها سقط ضمانها عنه وقولهما كيف يجبر ملكه على ملكه قلنا ليس هذا بجبر فى الحقيقة وانما هو اعتبار لملكه منفصلا بعضه عن بعض بعد أن كان متحدا كما اذا غصب نقرة فضة فقطعها فانه يرد هما ولا شئ عليه غيرهما اذا لم تنقص بالقطع وولد الظبية ممنوعة فان نقصانها يجبر بولدها عندنا فلا يرد علينا وكذا اذا ماتت الام ممنوعة فى رواية عن أبى حنيفة رحمه الله فانه روى عنه أن الام اذا ماتت وفى الولد وفاء بقيمتها برئ الغاصب برده عليه وفى رواية عنه أنه يجبر بالولد قدر نقصان الولادة ويضمن ما زاد على ذلك من قيمة الام وفى ظاهر الرواية عليه قيمتها يوم الغصب وتخريجه أن الولادة ليست بسبب لموت الام اذ لا تفضى اليه غالبا فيكون موتها بغير الولادة من العوارض وهى ترادف الآلام وكبر الولد وضيق المخرج فلم يتحد سبب النقصان والزيادة وكلامنا فيما اذا اتحد وأما اذا مات الولد قبل الرد فلانه لم يحصل للمالك مالية المغصوب ولا بد منه لبراءة الغاصب والخصاء ليس بزيادة لانه غرض بعض الفسقة ولهذا لو غصب العبد الخصى وهلك عنده لا تجب عليه قيمته خصيا وانما تجب عليه قيمته غير خصى وكذا لو رده الغاصب بعد ما خصاه لا يرجع على المالك بما زاد الخصاء ولو كانت الزيادة معتبرة لرجع عليه بالزيادة كما يرجع بما زاد الصبغ هكذا ذكروه وهذا يشير الى أنه يجب عليه ضمان ما نقص بالخصاء مع رده وان زادت قيمته وهو مشكل فان الغاصب اذا خصاه وازدادت قيمته به لا يجب عليه ضمان ما فات بالخصاء مع رد الخصى بل يخير المالك ان شاء ضمنه قيمته يوم غصبه وترك الخصى للغاصب وان شاء أخذه ولا شئ له غير ذكره فى النهاية معزيا الى التتمة وقاضيخان فكان الاقرب هنا أن يمنع فلا يلزمنا ولا اتحاد فى السبب فيما عدا ذلك من المسائل لان سبب النقصان القطع والجز وسبب الزيادة النمو وسبب النقصان التعليم وسبب الزيادة الفطنة من العبد وفهمه قال رحمه الله (ولو زنى بمغصوبة فردت فماتت بالولادة ضمن قيمتها ولا تضمن الحرة) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا لا تضمن الامة أيضا لان النقصان الحبل لان الرد قد صح مع الحبل ولكنها معيبة بالحبل فيجب عليه نقصان العيب ثم هلاكها بعد ذلك حصل بسبب حادث فى يد المالك فلا يبطل به الرد ولا يضمن الغاصب الا النقصان كما اذا جنت فى يد الغاصب فردها وماتت من تلك الجناية أو زنت عند الغاصب فردها وجلدت بعد الرد عند المالك وماتت من ذلك فانه لا يضمن الا نقصان عيب الزنا وكذا المبيعة اذا سلمها الى المشترى وهى حبلى ولم يعلم المشترى بالحبل وماتت من الولادة لم يرجع المشترى على البائع بشئ من الثمن اتفاقا ولابى حنيفة رحمه الله أنه لم يردها كما أخذها لان أخذها ولم ينعقد فيها سبب التلف ورد ها وفيها ذلك فلم يصح الرد فصار كما اذا جنت جناية فى يد الغاصب فقتلت بها أو دفعت بها بعد الرد فانه يرجع بقيمتها على الغاصب كذا هذا بخلاف الحرة لانها لا تضمن بالغصب حتى تقول يبقى ضمان الغصب ونفسه به الرد ولا يجب رد ها أصلا فافترقا وفى فصل الشراء لا يجب الرد بل ابتداء التسليم كما وقع عليه العقد ان كان وقت العقد سليما فيجب عليه تسليم السليم وان كان معيبا يجب عليه تسليم المعيب وعوتها بالولادة لا ينعدم التسليم وفى الغصب السلامة شرط لصحة الرد فلم يرد مثل ما أخذها لا بعيبه فافترقا على انه ممنوع فيجب على البائع رد الثمن كالاستحقاق وفى فصل الحمى الموت يحصل بزوال القوى وانها تزول بترادف الآلام فلم يكن الموت حاصلا بسبب وجد فى يد الغاصب فيجب عليه ضمان قدر ما كان عنده دون الزيادة قال رحمه الله (ومنافع الغصب وخبره المسلم وخنزيره بالاتلاف) أى لا تضمن منافع المغصوب

اتقانى وكتب ما نصه قال الاتقانى والجواب عن المسائل أما مسئلة الشراء منها بعض مشايخنا فقال يرجع بجميع الثمن عند أبى حنيفة وسلم بعض مشايخنا وفرق بين مسئلة الغصب ومسئلة الشراء فقال فى الغصب الواجب نسخ فعله بالرد على الوجه الذى أخذ ولم يوجد ذلك حيث هلكت بسبب كان عند الغاصب فلا جرم وجبت عليه قيمتها وفى الشراء الواجب على البائع تسليم المبيع لا الرد والتردد فى كونه مفضيا الى التلف أم لا يمنع صحة الرد ولا يمنع صحة التسليم والقبض لانه سلم المبيع كما وقع عليه العقد وهو أنه مال متقوم وعوتها فى النفاس لا ينعدم التسليم على الوجه الذى وجب عليه فلا يضمن الثمن اه (قوله فيجب عليه تسليم السليم) ينافى قولهم مقتضى العقد السلامة ولهذا يرجع اذا اطلع على عيب بعد امتناع الرد لا بصنعه اه قارئ الهداية (قوله فى المتن ومنافع الغصب) قال فى اشارات الاسرار المنافع لا تضمن بالغصب سواء صرفها لنفسه أو عطلها على المالك صورة المسئلة رجل غصب عبدا فأمسكه شهرا حتى صار غاصبا للمنافع أو استعمله حتى صار مستهلكا لها عندنا لا تضمن هذه المنافع

وعند الشافعى تضمن وقال صدر الاسلام البزدوى فى شرح الكافى وليس على الغاصب فى ركوب الدابة

وسكنى الدار أجر وهو مذهب علمائنا وقال الشافعي عليه الاجر وكذلك لو ركبها ولا سكنها ولكن حبسها أياما ثم ردها على صاحبها فلا أجر عليه عندنا اه اتقاني قال مشايخنا هذا اذا لم يكن معدا للاستغلال فان كان معدا يضمن المنافع بالغصب والافلا وفي الفتاوى الكبرى منافع العقار الموقوفة مضمونة سواء كان معدا للاستغلال أولا نظرا للوقف وفي المجتبى وأصحابنا المتأخرون يفتون بقول الشافعي في المستغلات والاوقاف وأموال اليتامى (٢٣٤) ويوجبون أجر منافعها على الغصبة اه معراج (قوله ولنا أن عمر وعليا حكما

وخنزير المسلم وخنزيره وهو معطوف على الخمرة في قوله ولا تضمن الحرة أما منافع المغصوب فالمذكور مذهبنا وقال الشافعي رحمه الله تضمن لان المنفعة مال متقوم مضمونة بالعقود كالاعيان لان المال اسم لما تميل اليه النفس مخلوقا لمصالحنا والمنافع بهذه الصفة ألا ترى أنه يصلح صداقا ولم يشرع ابتغاء النكاح الا بالمال بالنص ولولا أنها مال لما صحت صداقا ولهذا جازت الاجارة من العبد التاجر ولولا أنها مال لما ملك لانه لا يملك العقد بغير المال وأوضح منه أن الاعيان انما تصير مالا باعتبار الانتفاع بها ومالا ينتفع به فليس بمال فاذا لم تصر الاعيان مالا الا باعتبارها فكيف تنعدم المالية فيها وهي متقومة بنفسها لان التقوم عبارة عن العزة وهي عزيزة بنفسها عند الناس ولهذا يبذلون الاعيان لاجلها بل تقوم الاعيان باعتبارها فيستحيل أن لا تكون هي متقومة ولنا أن عمر وعليا رضي الله عنهما حكما بوجوب قيمة ولد المغرور وحريته ورد الجارية مع عقرها على المالك ولم يحكما بوجوب أجر منافع الجارية والاولاد مع علمهما أن المستحق يطلب جميع حقه وان المغرور كان يستخدمها مع أولادها ولو كان ذلك واجبا لما سكتا عن بيانه لوجوبه عليهما ولان المنافع حدثت بفعله وكسبه والكسب للكاسب لقوله عليه الصلاة والسلام كل الناس أحق بكسبه فلا يضمن ملكه ولان الغصب ازالة يد المالك باثبات اليد العادية ولا تصور ذلك فيها لانها أعراض لا تبقى زمانين فيستحيل غصبها وكذا اتلافها لانه لا يخلو اما أن يرد عليها الاتلاف قبل وجودها أو حال وجودها أو بعد وجودها وكل ذلك محال أما قبل وجودها فلان اتلاف المعدوم لا يمكن وأما حال وجودها فلان الاتلاف اذا طرأ على الوجود رفعه فاذا قارنه منعه وأما بعد وجودها فلانها تنعدم كما وجدت فلا يتصور اتلاف المعدوم ولانها لو كانت أموالا مضمونة لضمنت بالمنافع لكونها مثلا لها وهو أعدل فاذا لم تضمن بها لا يمكن أن تضمن بالاعيان لان الاعراض ليست بمثل للاعيان لان ما لا يبقى لا يكون مثلا لما يبقى وضمان العدوان مشروط بالمماثلة بالنص والاجماع والاجارة أجيزت للضرورة أو لكونها برضا المتعاقدين وعند ذلك لا يشترط التساوي ألا ترى أن بيع الشيء بأضعاف قيمته يجوز ولا يجوز ذلك في ضمان العدوان فبطلت المقايسة فاذا لم يكن للمنفعة مثل لا يمكن القضاء ببدلها فيؤخر الى دار الجزاء حتى يحكم الله له بمثله لان عدم القضاء للعجز لا لعدم الحق والله على كل شيء قدير وبكل شيء عليم فصار بمنزلة لكمة لا أرش لها في الدنيا أو ابذاء حصل له من غيره وقوله مال متقوم لا يسلم لان المال عبارة عن احراز الشيء وادخاره لوقت الحاجة في نوائب الدهر وذلك لا يتحقق في المنافع لما ذكرنا والدليل عليه أنه يقال فلان متمول اذا كان له مال موجود محرز مدخر ولا يقال فلان متمول ولا مال له بالمأكول والمشروب وبكل ما يستعمله ولهذا لا تعتبر المنافع من الثلث في حق المريض حتى جاز له اعارة جميع ماله ولو كانت المنافع مالا لما جاز الا من الثلث وجوازها مهرا باتفاقهما لانها تصير مالا بالتراضي ولهذا جازت الاجارة من العبد التاجر وأحد الشريكين والمضارب والاب والوصي وقوله المال مخلوق لمصالحنا الخ قلنا هو كذلك لكن بصفة الاحراز سمي مالا والمنافع لا تتصور فيها ذلك لاستحالة بقائها على ما بينا وأما خمر المسلم وخنزيره فلعدم تقومهما في حقه للنهي الوارد فيهما قال رحمه الله (وضمن لو كانا لذمي) أي ضمن متلف الخمر والخنزير ان كانا لذمي

بوجوب قيمة ولد المغرور) أي الذي وطئ أمة غيره معتمدا على ملك نكاح اه اتقاني (قوله لضمنت بالمنافع) أي ولا قائل بذلك اه اتقاني (قوله لا يمكن أن تضمن بالاعيان) أي كالدراهم والدنانير اه غاية (قوله بالنص) بقوله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم اه (قوله في المتن وضمن لو كانا لذمي) قال صدر الاسلام البزدوي في شرح الكافي نصراني غصب من نصراني خمرا فهلكت عنده يضمن مثلها وكذلك لو استقرض ذمي من ذمي يصح ويجب مثلها وكذلك لو باع ذمي من ذمي خمرا يجوز البيع وكذلك لو أتلف خنزيرا على ذمي ذمي مثله يضمن قيمته وكذلك لو باع ذمي من ذمي خنزيرا يجوز بيعه وكذلك لو غصب مسلم من ذمي خمرا فهلكت عنده الا أنه يضمن قيمتها ولا يضمن مثلها ولو أتلف مسلم على ذمي خنزيرا على قول أبي حنيفة لا يضمن شيأ وعلى قول أبي يوسف ومحمد يضمن قيمته وهذا كله عندنا لان الخمر والخنزير مال متقوم في حق أهل الذمة وأما عند الشافعي فلا ضمان في شيء من ذلك وقال والبيع باطل لانه ليس لهما تقوم عنده في حق أهل الذمة كما في حق المسلمين اه اتقاني ثم قال الاتقاني رحمه الله وأما الخنزير اذا أتلفه المسلم فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة خلافا لهما كذا ذكر الخلاف فخر الاسلام البزدوي في شرح الكافي لان الخنزير متقوم في حقهم كالخمر فيضمنه كما يضمن الخمر الا أن في الخمر وجبت القيمة وان كانت من ذوات الامثال لان المسلم ممنوع عن تمليك الخمر فوجبت

القيمة وجه قول أبي حنيفة أن قيمة الحيوان قائمة مقام الحيوان حتى اذا جاء بقيمته بعد الاتلاف يجبر على القبول كما اذا جاء بالحيوان فيكون أداء قيمة الخنزير كتسليم الخنزير والمسلم لا يملك تسليم الخنزير فلا يملك تسليم قيمته أيضا بخلاف قيمة الخمر لان القيمة ليست في معنى الخمر لان الخمر من جملة ذوات الامثال وقيمة ماله مثل ليست في معنى عينه شرعا فلا يكون أداء القيمة كتمليك الخمر وهذا الذي ذكرنا من عدم الضمان في اتلاف المسلم الخنزير عند أبي حنيفة خلاف ما ذكره القدوري في مختصره وفي شرحه لمختصر الكرخي حيث قال في شرحه قال أصحابنا اذا استهلك المسلم خمرا على ذمي ضمن قيمتها وكذلك الخنزير ولم يذكر الخلاف فيه بين أصحابنا ولكن ما ذكره صدر الاسلام قياس قول أبي حنيفة الذي مر في كتاب النكاح قبيل باب نكاح الرقيق فيما اذا تزوج الذمي ذمية على خمر أو خنزير ثم أسلما أو أسلم أحدهما قبل القبض فلها الخمر والخنزير اذا كانا عينين وان كانا دينين فالجواب على التفصيل عند أبي حنيفة ففي الخمر تجب القيمة وفي الخنزير يجب مهر المثل (قوله وقال الشافعي لا يضمنهما الذمي أيضا) احتج الشافعي بقوله تعالى وأن احكم بينهم بما أنزل الله أي بين أهل الذمة ووجه الاستدلال أن مما أنزل الله تعالى حرمة الخمر والخنزير فيجب الحكم عليهم بحرمتهما اه اتقاني (قوله بخلاف الميتة) ولكن هذا في الميتة التي ماتت حتف أنفها لان ذبيحة المجوسي ومتروكته وموقوذته مال يجوز بيعها عند أبي يوسف خلافا لمحمد وقد عرف ذلك في الخلاف فعلى قول أبي يوسف ينبغي أن يجب الضمان ألا ترى الى ما قال القدوري في كتاب البيوع من التقريب وذبيحة المجوسي يجوز بيعها من كافر وقال محمد لا يجوز لنا أنه مال لهم أقروا على الانتفاع به كالخمر ولمحمد أن ذبائحهم ميتة فصار كالموات حتف أنفه اه اتقاني (قوله قال الله تعالى وأخذهم الربا وقد نهوا عنه) وروى أصحابنا في كتبهم أن النبي صلى الله عليه وسلم كتب في عهودهم ومن أربى فلا عهد له اه اتقاني (قوله وهو قادر على تمليكها وتملكها) قال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي فمن أتلف صليبا على نصراني ضمن قيمته صليبا لانا أقررناهم على هذا الصنيع فصار كالخمر التي هم المقرون عليها وقد قال أصحابنا ان الذمي يمنع من كل شيء يمنع منه المسلم الا شرب الخمر وأكل الخنزير لانا استثنيناه بالامان ولو غنوا وضربوا بالعيدان منعناهم من ذلك كله كما نمنع المسلمين لانه لم يستثن بعقد الامان كذا ذكر القدوري في شرحه اه

وقال الشافعي رحمه الله لا يضمنهما الذمي أيضا وعلى هذا الخلاف اذا أتلفهما ذمي له أنهما غير متقومين في حق المسلم فوجب أن يكونا في حقهم كذلك لانهم أتباع لنا في الاحكام قال عليه الصلاة والسلام فاذا قبلوا عقد الذمة فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما عليهم وهذا يقتضي أن كل حق ثبت في حق المسلمين يثبت في حقهم لا أن حقهم يزيد على حق المسلمين ولان عقد الذمة خلف عن الاسلام فيثبت به ما يثبت بالاسلام اذ الخلف لا يخالف الاصل فيسقط تقومهما في حقهم ولا يصح بيعهما كما لا يصح في حق المسلم ولنا أنا أمرنا أن نتركهم ومايدينون ألا ترى الى قول عمر رضي الله عنه حين سأل عماله ماذا تصنعون بما يتربه أهل الذمة من الخمور فقالوا نعشرها فقال لا تفعلوا وولوهم بيعها وخذوا العشر من أثمانها فلولا أنها متقومة وبيعها جائز لهم لما أمرهم بذلك ولان الامر بالاجتناب في قوله تعالى فاجتنبوه يتناول المسلم فانتسخ في حقه فبقي في حق الكافر على ما كان عليه من قبل على ما يعتقدون لان السيف والمحاجة موضوعان عنهم فتعذر الالزام بخلاف الميتة والدم لان أحدا لا يعتقد تقومهما وبخلاف الربا لانه مستثنى عن عقودهم لقوله عليه الصلاة والسلام ألا من أربى فليس بيننا وبينه عهد ولانه محرم عليهم في دينهم قال الله تعالى وأخذهم الربا وقد نهوا عنه وبخلاف العبد المرتد يكون للذمي فانا نقتله لانا ما ضمنا لهم ترك التعرض له لما فيه من الاستخفاف بالدين وبخلاف متروك التسمية عامدا اذا كان لمن يبيعه من المسلمين لان ولاية المحاجة والسيف ثابتة فيمكن الزامه فلا يجب له على متلفه الضمان ولا على من اشتراه الثمن ولا ينعقد صحيحا ثم المسلم اذا أتلف خمر الذمي يجب عليه قيمتها وان كانت من ذوات الامثال لان المسلم ممنوع عن تمليكه وتملكها باعتبار ما فيه من اعزازها بخلاف الذمي اذا استهلك خمر الذمي حيث يجب عليه مثلها القدرة عليه ولا يصار الى القيمة الا عند العجز وهو قادر على تمليكها وتملكها فلا يصار الى القيمة لان المثل أعدل ولو أسلم الطالب بعد ما قضى له بمثلها فلا شيء له على المطلوب لان الخمر في حقه ليست بمتقومة فكان باسلامه مبرئا له عما كان في ذمته من الخمر وكذا لو أسلما لان في اسلامهما اسلام الطالب ولو أسلم المطلوب وحده أو أسلم المطلوب ثم أسلم الطالب بعده قال أبو يوسف رحمه الله لا يجب عليه شيء وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله وقال محمد رحمه الله يجب عليه قيمة الخمر وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله لان الاسلام الطارئ بعد تقرر السبب كالاسلام المقارن للسبب وهو لا يمنع وجوب قيمة الخمر على المسلم على ما بينا فكذا الطارئ ولابي يوسف رحمه الله أن قبض الخمر المستحقة في الذمة قد تعذر استيفاؤها بسبب الاسلام ولا يمكن ايجاب قيمتها أيضا لانها لو وجبت لا يخلو إما أن تجب باعتبار أصل السبب وذلك لا يمكن لان ذلك السبب أوجب عين الخمر دون القيمة ولم تكن القيمة واجبة في ذلك الوقت أو تجب باعتبار أنها بدل عن الخمر التي في الذمة ولا يمكن ذلك أيضا لان

من شرط البدلية تمليك ما في الذمة والذمي لا يقدر على تمليك الخمر من المسلم كما أن المسلم لا يقدر أن يتملكها فلا تعدام الشرط تعذر استيفاء القيمة وهو نظير ما لو كسر قلب غيره ثم تلف المكسور في يد صاحبه ليس لصاحبه أن يضمن الكاسر شيأ لان شرط تضمين قيمته تمليك المكسور منه وذلك قد فات بخلاف الاسلام المقارن لان وجوب القيمة هناك باعتبار أصل السبب وهو الغصب والاستهلاك فانه موجب للضمان باعتبار الجناية من غير أن يصير موجبا للملك في المحل كما في غصب المدبر قال رحمه الله (وان غصب خمرا من مسلم فخللها أو جلد ميتة فدبغ فالمالك أخذهما ورد ما زاد الدباغ) أي يأخذ الخل بغير شيء والجلد المدبوغ يأخذه ويرد عليه ما زاد الدباغ فيه والمراد بالاول اذا خللها بالنقل من الشمس الى الظل ومن الظل الى الشمس وبالثاني اذا دبغه بما له قيمة كالعفص والقرظ بالظاء المشالة ونحو ذلك والفرق أن التخليل تطهيرها بمنزلة غسل الثوب النجس فتبقى على ملك المغصوب منه لان المالية لم تثبت بفعله وبهذا الدباغ اتصل بالجلد مال متقوم كالصبغ في الثوب فلهذا يأخذ الخل بغير شيء ويأخذ الجلد ويعطي ما زاد الدباغ فيه وطريق معرفته أن ينظر الى قيمة الجلد ذكيا غير مدبوغ والى قيمته مدبوغا فيضمن فضل ما بينهما والغاصب أن يحبسه حتى يستوفي حقه كحق الحبس في المبيع بالثمن والرهن بالدين والعبد الآبق بالجعل قال رحمه الله (وان أتلفهما ضمن الخل فقط) أي ان أتلف الغاصب الخل والجلد المدبوغ في يده قبل أن يردهما الى صاحبهما ضمن الخل ولا يضمن الجلد المدبوغ وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا رحمهما الله تعالى يضمن قيمة الجلد أيضا مدبوغا ويعطي ما زاد الدباغ فيه لان ملكه باق فيه ولهذا يأخذه وهو مال متقوم فيضمنه له مدبوغا بالاستهلاك كما في مسئلة الخل ثم يعطيه ما زاد الدباغ فيه كما اذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه فان الغاصب فيه يضمن قيمة الثوب مصبوغا ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه وهذا لانه واجب الرد عليه فاذا فوته عليه وجب عليه قيمته خلفا عنه كما في الوديعة والمستعار بخلاف الهلاك لانه لم يوجد منه التفويت وكونه غير مضمون عليه لا ينافي وجوب ضمان الجناية والاستهلاك جناية فيضمنه به كما في الوديعة والعارية والمستأجر وكذا الوديعة بشيء لا قيمة له يضمنه بالاستهلاك دون الهلاك فتبين بهذا أن الهلاك يفارق الاستهلاك وقولهما يعطي ما زاد الدباغ فيه محمول على اختلاف الجنس بأن قضى لأحدهما بالدراهم وللآخر بالدنانير وأما عند اتحاد الجنس فيحط عن الغاصب قدر ما زاد الدباغ فيه ويؤخذ منه الباقي لعدم الفائدة في الاخذ منه ذلك القدر ثم الرد عليه ولابي حنيفة رحمه الله أن ماليته وتقومه حصل بفعل الغاصب وفعله متقوم لاستهلاكه مالا متقوما فيه ولهذا كان له أن يحبسه حتى يستوفي ما زاد الدباغ فيه فكان حقه والجلد تبع لصنعة الغاصب في حق التقوم ثم الاصل وهو الصنعة لا يجب عليه ضمانه بالاتلاف فكذا التبع فصار كما اذا هلك من غير صنعه بخلاف وجوب الرد عليه حال قيامه لانه يتبع الملك والجلد غير تابع للصنعة في حق الملك لثبوته قبلها وان كان غير متقوم بخلاف ما اذا دبغه بشيء لا قيمة له لان الصنعة فيه لم تبق حقا للغاصب بعد الاتصال بالجلد ولهذا لا يكون له حبسه ولا الرجوع ببدلها وبخلاف الذكي والثوب لان التقوم فيهما كان ثابتا قبل الدبغ والصبغ فلم يكن تابعا للصبغ وبخلاف المستعار ونحوه لانه لم يتصل به حق بالكلية فضلا أن تكون المالية حصلت بفعله وغير المضمون انما يضمن بالجناية اذا لم يكن مستفادا من جهة الجاني بعوض يستحقه عليه وأما اذا كان مستفادا من جهته به فلا ضمان عليه ألا ترى أن المشتري لما كان مالكا للمبيع من جهة البائع بثمن يجب عليه له لا يجب على البائع الضمان باستهلاك المبيع وهنا مالية المغصوب وتقومه حصل بفعل الغاصب بعوض يجب له على المالك فلا يجب عليه ضمانه بالاستهلاك حتى لو حدثت المالية بغير عوض يستحقها عليه يضمنه بالاستهلاك

(قوله بخلاف الهلاك) قال الاتقاني فان هلك في يد الغاصب فلا ضمان عليه بالاتفاق لانه لم يجب عليه الضمان بالهلاك لانه لم يهلك بفعله ولم يكن له جناية كذا قال الفقيه أبو الليث فاذا استهلكهما قال في الجامع الصغير يضمن الخل ولا يضمن الجلد وقال أبو يوسف ومحمد يضمن الجلد مدبوغا ويعطيه ما زاد الدباغ فيه أما مسئلة الخل فالمراد منها الوجه الاول من وجوه التخليل وهو ما اذا خللها من غير خلط لانها استحالت مالا على ملك المغصوب منه من غير زيادة مال من جهة الغاصب فاذا استهلكها الغاصب ضمن قيمتها كما لو لم يتقدم الغصب ثم لم يذكر محمد في الجامع الصغير ما اذا يضمن قالوا في شروح الجامع الصغير فالظاهر أنه يضمن المثل لانه مثلي الآن يكون من نوع لا يوجد له مثل في تلك المواضع فتجب قيمته ونص الكرخي في مختصره على وجوب المثل فقال في رجل غصب مسلما خمرا فجعلها خلا فاستهلكها فقال عليه خل مثلها اه (قوله وكونه غير مضمون عليه لا ينافي الخ) يعني أن المستعار واجب الرد فاذا فوت المستعير الرد باستهلاكه تجب عليه القيمة وان فات فلا فكذا هنا الجلد واجب الرد فاذا فوته وجب عليه قيمته واذا هلك فلا اه غاية (قوله ولابي حنيفة أن ماليته الخ) قال الاتقاني فأما اذا كان الجنس واحدا فلا فائدة أن يضمن الغاصب خمسة عشر ويعطيه خمسة اه كما (قوله فصار كما اذا هلك من غير صنعه) أي لا يضمن بالاتفاق اه اتقاني (قوله لثبوته قبلها) أي لثبوت الملك قبل الصنعة اه

(قوله لان للثوب قيمة) أي حتى لو غصبه جلد ذكي غير مدبوغ كان لصاحب الجلد أن يضمنه اه اتقاني وكتب على قوله لان للثوب قيمة ما نصه أي قبل الصبغ اه (قوله لانه بمنزلة غسل الثوب) قال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي وهذا اذا أخذ الميتة من منزل صاحبها فدبغ جلدها فأما اذا ألقى صاحب الميتة في الطريق فأخذ رجل جلدها (٢٣٧) فدبغه فقد قالوا انه لا سبيل له على الجلد لان القاءها اباحة لاخذها فلا يثبت له الرجوع كالقاء النوى اه اتقاني (قوله ولو استهلكه الغاصب) أي بعد أن دبغه مما لا قيمة له اه (قوله يضمن قيمته مدبوغا) أي بالاتفاق ولكن اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يضمن قيمته مدبوغا وقال بعضهم ظاهر اغير مدبوغ اه اتقاني وكتب ما نصه واليه ذهب فخر الاسلام اه اتقاني (قوله ولو خلل الخمر بالقاء الملح فيه) قال الاتقاني وأما اذا خللها بالقاء فيها وهو الوجه الثاني قال فخر الاسلام في شرحه فعلى قياس قول أبي يوسف ومحمد يأخذه المالك ويعطيه الغاصب مازاد الملح فيه بمنزلة دباغ الجلد وصبغ الثوب وان أراد تركه وتضمينه لم يكن له حق التضمين في رواية وفي رواية له ذلك قياسا على جلد الميتة على ما يجيء بعد هذا وأما عند أبي حنيفة رحمه الله فان ذلك صار ملكا للغاصب ولا شيء عليه وهكذا ذكر فخر الاسلام ومن وافقه ومن مشايخنا من جعل الجواب في الملح على التفصيل فان كان يسيرا لا قيمة له فحكمه حكم التخليل بغير شيء كالتمييس وان ألقى فيها ملحا كثيرا يأخذها المالك عندهم جميعا ويعطي الغاصب مازاد الملح فيه بمنزلة دباغ الجلد وصبغ الثوب كذا ذكر فخر الدين قاضيخان في شرحه اه اتقاني (قوله ولو استهلكه) أي استهلك الخمر الذي جعل خلا بالقاء الملح فيه اه اتقاني (قوله وقيل ظاهر الجواب الخ) قائله شمس الأئمة الحلواني صرح به الاتقاني اه (قوله وقالا لا يضمنها) قال الاتقاني وجه قولهما وهو الاستحسان اه

كما في مسئلة تخليل الخمر والدبغ بشيء غير متقوم ولو كان قائما فأراد المالك أن يتركه على الغاصب ويضمنه قيمته فيما اذا دبغه بشيء متقوم ليس له ذلك فيضمنه لان الغاصب صار عاجزا عن الرد بتركه عليه فصار كالاستهلاك وفيه يضمن الغاصب عندهما ثم قيل يضمنه قيمة جلد مدبوغ ويعطيه مازاد الدباغ فيه كما في الاستهلاك وقيل قيمة جلد ذكي غير مدبوغ ولو دبغه بما لا قيمة له كالتراب والشمس فهو لمالكه مجانا لانه بمنزلة غسل الثوب ولو استهلكه الغاصب يضمن قيمته مدبوغا وقيل ظاهر اغير مدبوغ لان وصف الدباغة هو الذي حصل فلا يضمنه والاكثرون على الاول ووجهه أن صفة الدباغة تابعة للجلد وهي غير معتبرة منفردة عن الجلد ولهذا لا يرجع بها على المالك عند دفع الجلد اليه فاذا صار الجلد مضمونا عليه بالاستهلاك فكذا تبعه بخلاف ما اذا دبغه بشيء متقوم ولو جعل الغاصب الجلد فروا أو جرابا أو نقالا يكن للمغصوب منه عليه سبيل لانه تبدل الاسم والمعنى بفعل الغاصب وبه يملكه على ما بينا ثم ان كان الجلد ذكيا وجب عليه قيمته يوم الغصب وان كان جلد ميتة فلا شيء عليه هكذا ذكره في النهاية من غير تفصيل ولا خلاف معزيا الى الايضاح والذخيرة وينبغي أن يكون على الخلاف والتفصيل الذي تقدم في الاستهلاك لانه استهلاك معنى ولو خلل الخمر بالقاء الملح فيه قيل عند أبي حنيفة رحمه الله صار ملكا للغاصب ولا شيء عليه لانه بالخلط بماله استهلكه لان الخلط استهلاك على ما عرف في موضعه فصار كالجلد اذا استهلكه بعد الدباغ باتخاذه الفروا أو بغيره وعندهما أخذ المالك وأعطاه مازاد الملح فيه بمنزلة دبغ الجلد وصبغ الثوب ومعناه أن يعطيه مثل وزن الملح من الخل هكذا ذكروه كأنهم اعتبروا الملح مائعا لانه يذوب فيكون اختلاط المائع بالمائع فيشتركان عندهما ولو أراد المالك تركه عليه وتضمينه فهو على ما ذكرنا في دبغ الجلد من أنه ليس له ذلك بالاتفاق أو عند أبي حنيفة رحمه الله وحده وعندهما له ذلك وقد بينا وجهه ولو استهلكه لا يضمنه عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما وهو مبني على ما بينا في دبغ الجلد وقد ذكرنا الوجه فيه من الجانبين ولو خللها بصب الخل فيها قيل تكون للغاصب بغير شيء عند أبي حنيفة رحمه الله سواء صارت خلا من ساعتها أو بمرور الزمان عليها لان الخلط استهلاك عنده واستهلاك الخمر لا يوجب الضمان وعندهما ان صارت خلا من ساعتها فكما قال أبو حنيفة رحمه الله لانها استهلاك وان صارت بمرور الزمان كان الخل بينهما على قدر حقهما كيلا لانه لم يستهلك الخمر فيصير في التقدير كأنه خلط الخل بالخل والخلط ليس باستهلاك عند محمد رحمه الله وان كان مائعا لان الجنس لا يهلك بجنسه وقيل ظاهر الجواب فيها أنه يقسم بينهما على قدر حقهما سواء صارت خلا من ساعتها أو بعد حين أما عندهما فلا يشكل لان الخلط ليس باستهلاك وكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله لان الخلط انما يوجب زوال الملك اذا كان يوجب الضمان وهنا قد تعذر وجوب الضمان لان خمر المسلم لا يضمن بالاتلاف فصار كما اذا اختلط بنفسه من غير صنعه ولو استهلكه الغاصب في هذه الرواية ينبغي أن يجب عليه الضمان اجماعا ذكره في النهاية معزيا الى قاضيخان عن الحلواني قال رحمه الله (ومن كسر معزفا أو أراق سكرا أو منصفا ضمن وصح بيع هذه الاشياء) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمنها ولا يجوز بيعها لانها معدة للمعصية فيسقط تقومها كالخمر ولانه فعل باذن الشرع لقوله عليه الصلاة والسلام بعثت بكسر المزامير وقتل الخنازير ولقوله عليه الصلاة والسلام اذا رأى أحدكم منكرا فلينكر بيده فان لم يستطع فبلسانه

(قوله وذلك أضعف الايمان) قال الاتقانى والاول للاصراء والثانى للعلماء والثالث للعوام اه انظر ما يأتى فى الصفحة الآتية فى الشرح اه (قوله ولابى حنيفة أنه أتلف مالا الخ) قال القدورى فى شرحه لمختصر الكرخى قال أبو حنيفة اذا كسر رجل على رجل برابطا أو طبلا ضمن قيمته خشبا منحوتا وقال فى المنتقى عن أبى حنيفة يضمن قيمته خشبا مخلعا انما الذى يحرم منه التأليف وقالا لا ضمان عليه الى هنا لفظ القدورى وقال الفقيه أبو الليث كانوا يقولون ان معنى قول أبى حنيفة أنه يضمن قيمته أن لو اشترى لشئ آخر سوى اللهو فينظر لو أن انسانا أراد أن يشتريه ليجعله وعاء للملح أو غير ذلك بكم يشترى فيضمن قيمته بذلك المقدار وقال فخر الدين قاضيخان على قول أبى حنيفة يضمن قيمتها صالحة لغير المعصية ففى الدف يضمن قيمته دفا يوضع القطن فيه وفى البربط يضمن قيمته قصعة يجعل فيها الثريد ونحو ذلك اه اتقانى وكتب ما نصه وهو القياس اه غاية (قوله بخلاف الصليب) أى الذى للنصرانى اذا أتلفه المسلم اه (قوله وأما الدف والطبل اللذان يضربان الخ) قال الامام العتابى فى شرح الجامع الصغير ولو كان طبل الغزاة أو طبل الصيد أو دف يلعب به الصبية فى البيت يضمن بالاتلاف اه اتقانى (٣٣٨) قال الفقيه أبو الليث فى شرح الجامع الصغير روى عن أبى يوسف أنه حكى عن شريح أن رجلين اختصما اليه فى طنبور فلم يلتفت اليهما حتى قاما من عنده قال أبو يوسف لو كنت أنا لقضيت بينهما فان كانت خصومتهما فى ذلك الشئ وهو فى يد أحدهما أو فى أيديهما كسرته وعزرتهما ولو كانت خصومتهما بان أحدهما كسره والآخر يطلب الضمان جزيت الذى كسر أجرا وعزرت الآخر وروى عن عبد الله بن عمر أنه رأى فى يد بعض الناس شيأ من المعازف فكسره فى رأسه ثم قال الفقيه أبو الليث وهذا الذى حكى أن أبا يوسف وجدا قالا لا إنه لا ضمان عليه فى الدف والطبل اذا كان للهو وأما اذا كان طبل الغزاة أو الصيادين ينبغى أن يضمن وكذلك الدف اذا لم يكن للهو وينبغى أن يضمن اذا كان مثل ذلك يجوز ضربه فى العرس اه اتقانى ﴿ فرع ﴾ قال القدورى فى شرحه لمختصر الكرخى قال محمد اذا أحرق الرجل بابا منحوتا عليه تماثيل منقوشة ضمن قيمته غير منقوش فان كان صاحبه قطع رؤس التماثيل قبل ذلك ضمن قيمته منقوشا وذلك لان نقش التماثيل معصية فلا يجوز أن يتقوم فى الضمان كما لا يتقوم الغناء فى الجارية المغنية فاذا قطع رؤس التماثيل فذلك نقش غير ممنوع منه فيتقوم على الغاصب وقال فيمن أحرق بساطا فيه تصاوير رجال ضمنته مصورا لان التماثيل فى البساط ليست بمحرمة ألا ترى أن البساط يوطأ واذا لم تكن محرمة ضمنها وقال فيمن هدم بيتا مصورا بالاصباغ تماثيل ضمنته قيمة البيت وأصباغه غير مصور لان التماثيل فى البيت منهى عنها كذا ذكر القدورى فى شرحه اه اتقانى رحمه الله (قوله ان كان باذن الامام) يعنى لما كان الامر بالمعروف باليد للامراء لم يلزم الضمان على الكاسر باذنهم اه غاية وكتب ما نصه عزاه الاتقانى الى الفتاوى الصغرى فى آخر كتاب الجنايات اه (قوله ثم الأمر بالمعروف) انظر الصفحة السابقة فى الشرح اه

فان لم يستطع فبقلبه وذلك أضعف الايمان والكسر هو الانكار باليد وله هذا لو فعله بامر أولى الامر كالامام لا يضمن فيأمر الشرع أولى ولابى حنيفة رحمه الله أنه أتلف مالا ينتفع به من وجه آخر سوى اللهو فلا تبطل قيمته لاجل اللهو كاستهلاك الامة المغنية لان الفساد مضاف الى فعل فاعل مختار وجواز البيع ووجوب الضمان مبنيان على المالية وقد وجد والامر بالمعروف باليد الى أولى الامر لقدرتهم عليه وليس لغيرهم الا باللسان على أنه يحصل بدون الاتلاف بالمنع بالاخذ منه ثم يضمن قيمتها صالحة لغير اللهو كما فى الامة المغنية والكبش النطوح والحمامة الطيارة والديك المقاتل والعبد الخصى ويجب قيمة الكبر والمنصف لا المثل لان المسلم ممنوع عن تملك عينه وان جاز فعله بخلاف الصليب حيث يضمن قيمته صليبا لانه مال متقوم فى حقهم وقد أمرنا بان نتركهم وما يدينون ثم قيل الخلاف فى الدف والطبل اللذين يضربان للهو وأما الدف والطبل اللذان يضربان فى العرس أو الغزو فيضمن بالاتفاق ولو شق زقا فيه خمر يضمن عندهما لامكان الاراقة بدونه وعند أبى يوسف لا يضمن لانه قد لا يتيسر الاراقة لابه وذكر فى النهاية أن الدنان لا تضمن بالكسر ان كان باذن الامام والفتوى فى زماننا على قولهما لكثرة الفساد فيما بين الناس وفى النهاية وذكر الصدر الشهيد فى باب العدوى والاعدام من أدب القاضى رواية عن أصحابنا رحمهم الله أنه يهدم البيت على من اعتاد الفسق وأنواع الفساد حتى قالوا أيضا لا بأس بالهجوم على بيت المفسدين وقيل يراق العصير أيضا قبل أن يشتد ويقذف بالزبد على من اعتاد الفسق وقد روى عن ابن عمر رضى الله عنهما أنه أحرق البيت على الثقفى حين سمع شرابا فى بيته وقد هجم عمر رضى الله عنه على ناكحة فى منزلها ثم نزح بها بالدرة حتى سقط خمارها فقيل له يا أمير المؤمنين قد سقط خمارها فقال انها لا حرمة لها وتكلموا فى قوله لا حرمة لها قيل معناه انها لما اشتغلت بما لا يحل فى الشرع فقد أسقطت بما صنعت حرمتها والتحقت بالاماء وروى أن الفقيه أبا بكر البلخى خرج على بعض نهر وكان النساء على شطه كاشفات الرؤس والذراع فقيل له كيف تفعل هذا فقال لا حرمة لهن انما الشك فى ايمانهن كانهن حربيات وانما قال ذلك استدلالا بما روى عن عمر رضى الله عنه ثم الامر بالمعروف

ذكر كتاب الشفعة بعد كتاب الغصب لمناسبة بينهما لان فى كل واحد منهما تملك مال الانسان بغير رضاه وفرقهما أن الشفعة مشروع والغصب غير مشروع بل هو عدوان محض وكان القياس أن يقدم كتاب الشفعة لشرعيتها ولكن قدم الغصب لكثرة الحاجة الى معرفته لانه يقع كثيرا فى المعاملات كالبياعات والاجارات والشركات والمضاربات والمزارعات وغيرها لاسيما هذا الزمان فانه زمان الظلم والحيف والتعدى ولقد أحسن من قال

الظلم فى خلق النفوس فان تجد * ذا عفة فلعلة لا يظلم

اه اتقانى رحمه الله تعالى (قوله فى المتن هى تملك البقعة الخ) قال الاتقانى ثم الشفعة (٢٣٩) عبارة عن حق التملك فى العقار لدفع ضرر الجوار اه (قوله وسببها اتصال ملك الشفيع الخ) وقيل سببها البيع كما سيأتى قبيل قوله وتستقر بالاشهاد اه وكتب ما نصه قال الاتقانى وسبب الشفعة أحد الاشياء الثلاثة الشركة فى البقعة والشركة فى الحقوق والجوار على سبيل الملاصقة وعند الشافعى لا تستحق بالجوار وسيجىء بيان الخلاف اه وكتب أيضا ما نصه والسبب فيها أصل الشركة لا قدرها وأصل الجوار لا قدره حتى لو كان للدار شريك واحد أو جار واحد أخذ كل الدار بالشفعة كشريكه وجواره أو قل اه بدائع (قوله وايقاف الدواب والصغار) فان قلت فى المماليك الارث والهبة والوصية لا تثبت الشفعة فتنتقض علتكم قلنا انما لا تثبت فى هذه الصور لوجهين أحدهما أن هذه الاسباب لا يكثر وجودها فلا حاجة الى اثبات حق الشفعة لدفع الضرر الحاصل بها بخلاف البيع فانه يكثر وجوده والثانى لو ثبتت الشفعة بهذه الاشياء اما أن تثبت بعوض أو لا بعوض والثانى ليس بمشروع فى الشفعة والاول لا يمكن لان حق الشفعة انما ثبت فى الشرع بالتملك بمثل الثمن الذى اشتراه أو بقيمته كما اذا اشترى دارا بعبد يأخذها بقيمة العبد وفى هذه المواضع لم يملك الدار بثمن فكيف يأخذها به أو بقيمته ألا ترى أن الخلطة سبب الشفعة بالاتفاق ومع هذا لا تثبت الشفعة بالخلط بهذه الاشياء اه اتقانى رحمه الله (قوله سفلا كان أو علوا) اذ الشفعة لا تجب فى المنقولات فصدا بل تثبت تبعا للعقار اه معراج (قوله وأن يكون العقد عقد معاوضة) أى ومن شرطها طلب الشفيع اه اتقانى (قوله وقال صلى الله عليه وسلم الجار أحق بسقبه الخ) والسقب القرب والمراد منه الشفعة ويجوز كتابته بالسين والصاد جميعا

فرض ان كان يغلب على ظنه أنه يقبل منه ولا يسعه تركه ولو علم أنه يهان بذلك أو يضرب وهو لا يصبر على ذلك أو تقع الفتن فتركه أفضل ولو علم أنه يصبر على الضرب والضرر ولم يصل الى غيره بذلك ضرر فلا بأس به وهو مجاهد بذلك ولو علم منهم أنهم لا يقبلون منه ولا يخاف منهم ضربا ولا شتما فهو بالخيار والامر أفضل قال رحمه الله (ومن غصب أم ولد أو مدبرة فماتت ضمن قيمة المدبرة لا أم الولد) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا يضمن أم الولد أيضا لانها متقومة عندهما كالمدبرة وعنده غير متقومة بخلاف المدبرة وقد ذكرناه ووجهه من الجانبين فى كتاب العتق والله أعلم بالصواب

﴿ كتاب الشفعة ﴾

وهى فى اللغة مأخوذة من الشفع وهو الضم ضد الوتر ومنه شفاعة النبى صلى الله عليه وسلم للمذنبين لانه يضمهم بها الى الفائزين يقال شفع الرجل شفعا اذا كان فردا فصار له ثان والشفيع فيما نحن فيه يضم المأخوذ الى ملكه فلذلك سمى شفعة قال رحمه الله (هى تملك البقعة جبرا على المشترى بما قام عليه) هذا فى الشرع ومعناه اللغوى موجود فيه وهو الضم وزيد عليه أوصاف من التملك للبقعة على وجه الجبر وسببها اتصال ملك الشفيع بالمشترى لانها تجب لدفع ضرر الدخيل عنه على الدوام بسبب سوء المعاشرة والمعاملة من حيث اعلاء الجدار وايقاد النار ومنع ضوء النهار واثارة الغبار وايقاف الدواب والصغار لاسيما اذا كان يضاده كما فى ضيق السجون معاشرة الاضداد وشرطها أن يكون المحل عقارا سفلا كان أو علوا احتمل القسمة أولا وأن يكون العقد عقد معاوضة مال بمال وركنها أخذ الشفيع من أحد المتعاقدين عند وجود سببها وشرطها وحكمها جواز الطلب عند تحقق السبب وصفتها أن الاخذ بها بمنزلة شراء مبتدإ حتى يثبت بها ما يثبت بالشراء نحو الرد بخيار الرؤية والعيب قال رحمه الله (وتجب للخليط فى نفس المبيع ثم للخليط فى حق المبيع كالشرب والطريق ان كان خاصا ثم للجار الملاصق) لما روى جابر أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة فى كل شركة لم تقسم ربعة أو حائط لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فان شاء أخذ وان شاء ترك وان باعه ولم يؤذنه فهو أحق به رواه مسلم والنسائى وأبو داود وعن عبادة بن الصامت أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة بين الشركاء فى الارضين والدور رواه عبد الله بن أحمد فى المسند وقال عليه الصلاة والسلام الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا رواه أبو داود وأحمد والدارقطنى وابن ماجه وقال عليه الصلاة والسلام جار الدار أحق بالدار من غيره رواه أحمد وأبو داود والترمذى وصححه وقال عليه الصلاة والسلام الجار أحق بسقبه ما كان رواه أحمد والنسائى وابن ماجه وانما وجبت مرتبة على الترتيب الذى ذكرهنا

كالصراط يقال دار فلان بسقب دار فلان أي بقرب منها وأبيات القوم متسافة أي متقاربة وسقبت الدار وأسقبت لغتان فصيحتان والمنزل سقب وصقب كذا في الجوهرة اه اتقاني (قوله وقال الشافعي رحمه الله لا شفعة بالجوار الخ) وعند أهل المدينة مثل يحيى بن سعيد الانصاري وربيعة بن أبي عبد الرحمن ومالك بن أنس لا شفعة بالجوار وبه يقول الشافعي وأحمد وإسحق ومذهب سفيان الثوري وعبد الله ابن المبارك مثل مذهبنا أن الجار له شفعة كذا ذكر الترمذي في جامعه اه اتقاني (قوله ولان الشفعة تثبت على خلاف القياس) أي لان تملك مال الغير بغير رضاه لا يعقل اه اتقاني ﴿فرعان﴾ قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره الشفعة تستحق عند أصحابنا جميعا بثلاثة معان بالشركة فيما وقع عليه عقد البيع أو بالشركة في حقوق ذلك أو بالجوار الاقرب فالاقرب وتفسير ذلك دار بين قوم فيها منازل لهم فيها شركة بين بعضهم وفيها ماهي (٣٤٠) مفردة لبعضهم وساحة الدار موضوعة بينهم يتطرقون من منازلهم فيها وباب الدار التي فيها المنازل في زقاق غير نافذ فباع بعض الشركاء في المنزل نصيبه من شريكه أو من رجل أجنبي بحقوقه من الطرق في الساحة وغيرها فالشريك في المنزل أحق بالشفعة من الشريك في الساحة ومن الشريك في الزقاق الذي فيه باب الدار فان سلم الشريك في المنزل الشفعة فالشريك في الساحة أحق بالشفعة وان سلم الشريك في الساحة فالشريك في الزقاق الذي لا منفذ له الذي يشرع فيه باب الدار أحق بعده بالشفعة من الجار الملاصق وجميع أهل الزقاق الذين طريقهم فيه شركاء في الشفعة من كان في أدناه وأقصاه في ذلك سواء فان سلم الشركاء في الزقاق فالجار الملاصق ممن لا طريق له في الزقاق بعد هؤلاء أحق وليس لغير الملاصق من الجيران شفعة ممن لا طريق له في الزقاق وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف وزفر ومحمد بن الحسن والحسن بن زياد اه اتقاني قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره قال وقيل أبو يوسف في دار بين رجلين ولرجل فيها طريق فباع أحدهما نصيبه من الدار فشريكه في الدار أحق بالشفعة في ذلك ولا شفعة لصاحب الطريق قال وقال وكذلك دار بين رجلين لاحدهما حائط في الدار بينه وبين رجل يعني بأرضه فباع الذي له شرك في الحائط نصيبه من الدار والحائط قال فالشريك في الدار أحق بشفعة الدار ولا شفعة للشريك في الحائط في الدار وله الشفعة في الحائط وأرضه وكذلك دار بين رجلين ولاحدهما بئر في الدار بينه وبين رجل آخر فباع الذي له الشرك في البئر نصيبه من الدار والبئر فالشريك في الدار أحق بشفعة الدار ولا شفعة للشريك في البئر في الدار وله شفعة في البئر اه اتقاني (قوله قراحان) القراح الارض البارزة التي لم يختلط بها شيء والماء

لانها وجبت لدفع الضرر الدائم الذي يلحقه من جهته على ما بينا فكل ما كان أكثر اتصالا كان أخص بالضرر وأشد تضامه فكان أحق بها القوة الموجب لها فليس للاضعف أن يأخذ مع وجود الاقوى الا اذا ترك حينئذ يأخذ اذا أشهد بأنه يطلبها عند علمه بالبيع وان لم يشهد عند ذلك سقط حقه وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يأخذ وان ترك لانه محجوب به قلنا تحقق السبب في حقه وانما قدم عليه غيره لقوته فاذا ترك كان له أن يأخذ وهو نظير دين الصحة مع دين المرض وقال الشافعي رحمه الله لا شفعة بالجوار لقول جابر رضي الله عنه انه عليه الصلاة والسلام قضى بالشفعة في كل مال لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة رواه البخاري وقال عليه الصلاة والسلام اذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة رواه الترمذي وصححه وقال عليه الصلاة والسلام اذا قسمت الدار وحدت فلا شفعة رواه أبو داود وابن ماجه بمعناه ولان الشفعة تثبت على خلاف القياس كيلا يلزمه مؤنة القسمة وهذا المعنى لا يتحقق في الجار لانه لا يقاسم ولهذا لا تجب عنده في المشترك اذا كان لا يحتمل القسمة كالبئر والحمام والبيت الصغير لوقوع الامن من لزوم المؤنة ولنا ما روينا والمراد مما روى والله أعلم أنها لا تجب للجار بقسمة الشركاء لانهم أحق منه وحقه متأخر عن حقهم وبذلك يحصل التوفيق بين الاحاديث ولا نسلم أن الشفعة وجبت لدفع أجرة القسمة وكيف يكون ذلك وأجرة القسمة مشروعة وكيف يجوز الحاق الضرر بالمشتري بأخذ ماله بغير رضاه لدفع حكم مشروع وانما العلة الموجبة دفع ضرر يلحقه بسوء المشرة على الدوام ولو كان لدفع أجرة القسمة لوجبت في المنقول وقوله ان كان خاصا أي الشرب أو الطريق ان كان خاصا يستحق به وان لم يكن خاصا لا يستحق به الشفعة والطريق الخاص أن يكون غير نافذ وان كان نافذا فليس بخاص وان كانت سكة غير نافذة تشعب منها سكة غير نافذة فبيعت دار في السفلى فلاهلها الشفعة دون أهل العليا وان بيعت دار في العليا فلاهل السكتين الشفعة لان في العلياحقا لاهل السكتين حتى كان لهم كلهم أن يمروا فيها وليس في السفلى حق لاهل العلياحتى لا يكون لهم أن يمروا فيها ولا لهم فتح الباب اليها على ما بينا في كتاب القضاء والشرب الخاص عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله أن يكون نهرا صغيرا لا تجري فيه السفن وان كان كبيرا بحيث تجري فيه السفن فليس بخاص فاذا بيع أرض من الاراضي التي يسقى منها لا يستحق أهل النهر الشفعة بسببه والجار أحق منهم بخلاف النهر الصغير وقيل اذا كان أهله لا يحصون فهو كبير وان كانوا يحصون فهو صغير وعليه عامة المشايخ لكن اختلفوا في حد ما يحصى وما لا يحصى فبعضهم قدر ما لا يحصى بخمسمائة وبعضهم بأربعين وعن أبي يوسف رحمه الله الخاص أن يكون نهرا يسقى منه قراحان أو ثلاثة وما زاد على ذلك فهو عام

وقيل هو مفوض الى رأي المجتهدين في كل عصر ان رأوهم كثيرا كانوا كثيرا وان رأوهم قليلا كانوا قليلا وهو أشبه الاقاويل قال رحمه الله (والشريك في خشبة على الحائط ووتد أو ضع الجذوع على الحائط جار) ولا يكون شريكا لأن الشركة المعتبرة هي الشركة في العقار لا في المنقول والخشبة منقولة ووضع الجذوع على الحائط لا يصير شريكا في الدار وكذا بالشركة في الجذوع لا يكون شريكا فيه لكنه جار ملازق لوجود اتصال بقعة أحدهما بقعة الآخر فيستحق الشفعة على انه جار ملاصق ولا يترجح بذلك على غيره من الجيران وكذا اذا كان بعض الجيران شريكا في الجدار لا يتقدم على غيره من الجيران لان الشركة في البناء المجرد بدون الارض لا يستحق بها الشفعة ولو كان البناء والمكان الذي عليه البناء مشتركا بينهما كان هو أولى من غيره من الجيران ويتأتى ذلك بأن يبني الشريكان في المشترك ثم يقتسمان الارض غير موضع البناء فيبقى البناء وموضعه على الشركة وانما كان هو أولى لانه شريك في بعض المبيع والشريك أولى أما في موضع البناء فظاهر لكونه شريكا فيه وأما في الباقي فكذلك عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله واحدى الروايتين عن أبي يوسف رحمه الله لان الضرر أخص به حيث كان شريكا في البعض فيتقدم على الجار وفي رواية أخرى عنه هو والجار سواء في غير موضع الجدار لان استحقاق الشفعة في غير موضع الجدار بالجوار وغيره من الجيران يساوونه فيه وعلى هذا لو كان بعض الجيران شريكا في منزل من الدار أو بيت منها فبيعت الدار كان هو أحق بالمنزل لما ذكرنا واستووا في البقية في رواية لان كلهم جيران في حق البقية وكذا لو كانت دار بين رجلين ولاحدهما فيها بئر مشتركة بينه وبين آخر غير شريكه في الدار فباعها كان الشريك في الدار أولى بشفعة الدار لانه شريك فيها والآخر جار والشريك في البئر أولى بالبئر لانه شريك فيها والآخر جار وعلى هذا لو كان سفل بين رجلين عليه علو لاحدهما مشترك بينه وبين آخر فباع هو السفل والعلو كان العلو لشريكه في العلو والسفل لشريكه في السفل لان كل واحد منهما شريك في نفس المبيع في حقه وجار في حق الآخر أو شريك في الحق اذا كان طريقهما واحدا قال رحمه الله (على عدد الرؤس بالبيع) أي تجب الشفعة بالبيع وتقسم على عدد الرؤس اذا كانوا كثيرين وقال الشافعي رحمه الله على مقدار الانصباء لان الشفعة من مرافق الملك ألا ترى أنها تكمل المنفعة فأشبه الغلة والريع والولد والثمرة ولنا أنهم استووا في سبب الاستحقاق لوجود علة استحقاق الكل في حق كل واحد منهم ولهذا لو انفرد واحد أخذ الكل والاستواء في العلة يوجب الاستواء في الحكم ولا ترجيح بكثرة العلل بل بقوة فيها ألا ترى أن أحد الخصمين اذا أقام شاهدين والآخر أربعة فهما سواء وكذا صاحب الجراحات مع صاحب جراحة واحدة بخلاف الحز مع الجرح فان الحز أقوى لانه لا يختلف عنه الموت فكان أولى باضافة الموت اليه وما استشهد به من الولد وغيره متولد من الملك فيستحق بقدر الملك وعلل ملك الغير لا تتولد من ملكه فكيف يجعل من ثمراتها بل العلة أصل الملك لا قدره والحكم لا يزاد بزيادة العلة ولو أسقط بعضهم حقه قبل القضاء لهم كان لمن بقي أن يأخذ الكل لان السبب لاستحقاق الكل قد وجد وتقرر في حق كل واحد منهم والتنصيص للزاحمة وقد زالت ونظيره الرهن فانه يحبس بكل الدين وبكل جزء من أجزائه ولهذا لو أوفى البعض أو كان رهنا عند رجلين فقضى دين أحدهما ليس له أن يأخذ شيأ من الرهن بخلاف ما اذا أسقط حقه بعد القضاء حيث لا يكون له أن يأخذ نصيب التارك لانه بالقضاء قطع حق كل واحد منهم في نصيب الآخر ولو كان بعضهم غائبا يقضي بالشفعة بين الحاضرين في الجميع لان الغائب يحتمل أن لا يطلب فلا يؤخر بالشك وكذا لو كان الشريكان غائبا فطلب الحاضر يقضى له بالشفعة لما ذكرنا ثم اذا حضر وطلب الشفعة قضي له بها لتحقق طلبه غير أن الغائب اذا كان يقاسمه الحاضر لا يقضي له بكل اذا أسقط الحاضر حقه لتحقق انقطاع حقه عن الباقي بالقضاء وهو نظير ما لو قضي للشريك ثم ترك ليس للجار أن يأخذ لانه بالقضاء للشريك انقطع حقه وبطل لا تقضي عليه بذلك لتقدمه عليه ولو أراد الشفيع أن يأخذ البعض ويترك البعض فليس له ذلك الا برضا المشتري لانه

القراح الذي لم يختلط به شيء كذا في تهذيب الديوان اه اتقاني (قوله والاستواء الخ) لو كان أحدهما جارا ملاصقا من جانب واحد والآخر ملاصق من ثلاثة جوانب فهما سواء اه شرح مغني للقاني (قوله بخلاف الحز) أي حز الرقبة اه (قوله حيث لا يكون له) أي لمن بقي اه

(قوله حتى اذا أقر بالبيع) أي وجحد المشتري اه (قوله لوجود رغبته عنها) قال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي والشفعة تجب برغبة البائع عن ملكه بدليل انه لو ادعى انه باع داره من زيد فجحد زيد ذلك وجبت الشفعة لاجل اعترافه بخروج الشيء عن ملكه وان لم يحكم بدخوله في ملك المشتري ثم قال وهذا المعنى هو سبب الشفعة اه اتقاني (قوله أو بحكم الحاكم) قال الاتقاني ولا يملك الشفيع الدار قبل تسليم المشتري اليه أو قضاء القاضي (٢٤٣) وان أثبت شفعته بطلبين طلب المواثبة وطلب التقرير حتى ان المبيع لو كان كرماً فأكل المشتري ثماره سنين فانه لا يكون مضموناً عليه ولا يطرح عن الشفيع شيء من الثمن لما أكل من ثماره اذا كانت الثمار حدثت بعد ما قبض المشتري الكرم فهذا معنى قولنا انه يملك بالاخذ لا بالطلب على الانفراد كذا في شرح الطحاوي اه

يلحقه ضرر بتفريق الصفقة عليه ولو جعل بعض الشفعاء نصيبه لبعض لا يصح ويسقط حقه به لاعراضه ويقسم بين الباقين على عدد رؤسهم وكذا لو كان أحد الشفيعين حاضراً والآخر غائباً فطلب الحاضر الشفعة في النصف على حساب أنه يستحق في النصف بطلت شفعته لانه يستحق الكل والقسمة للزاحمة فاذا ترك شيئاً منها وجد الاعراض فيه فسقط في الكل لكونه لا يتجزأ وكذا لو كانا حاضرين فطلب كل واحد منهما النصف بطلت شفعتهما ولو طلب أحدهما الكل والآخر النصف بطل حق من طلب النصف وللآخر أن يأخذ الكل أو يترك وليس له ان يأخذ النصف لما ذكرنا والباء في قوله بالبيع تتعلق بتجب في قوله تجب للخليط معناه تجب له الشفعة بعقد البيع أي بعده لأنه سبب له لان السبب هو الاتصال على ما بيناه والشرط رغبة المالك عنها حتى اذا أقر بالبيع أخذها الشفيع لوجود رغبته عنها وقيل البيع هو السبب بدليل أن الشفيع لو أسقط الشفعة قبل الشراء لا يصح لكونه اسقاطاً قبل وجود سببه وهو البيع ولو كان السبب الاتصال لصح لكونه بعد وجود السبب وجوابه أنه انما لم يصح الاسقاط قبل لفقد شرطه وهو البيع لان السبب لا يكون سبباً الا عند وجود شرطه كما في الطلاق المعلق قال رحمه الله (وتستقر بالاشهاد) لانها حق ضعيف يبطل بالاعراض فلا بد من الاشهاد بعد طلب المواثبة للاستقرار كما أنه لا بد له من طلب المواثبة وهو أن يطلب كما سمع لقوله عليه الصلاة والسلام الشفعة لمن واثبها وقال عليه الصلاة والسلام الشفعة كحل العقال ولان رغبته فيها بذلك تعلم ولانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه ذلك الا بالاشهاد قال رحمه الله (وتملك بالاخذ بالتراضي أو قضاء القاضي) أي تملك الدار المشفوعة بأحد أمرين اما بالاخذ اذا سلمها المشتري برضاه أو بحكم الحاكم من غير أخذ لان ملك المشتري قد تم بالشراء فلا يخرج عنه الى الشفيع الا برضاه أو بحكم الحاكم لان للحاكم ولاية عامة فيقدر على ذلك في ضمن الحكم بالحق وولايته على نفسه فوق ولاية القاضي عليه فكان أولى بذلك ونظيره الهبة لما تم ملك الموهوب له لا يخرج عن ملكه الا بأحد الامرين المذكورين الا أن أخذ الشفعة بقضاء القاضي أحوط حتى كان للشفيع أن يمتنع من الاخذ اذا سلم المشتري له بغير قضاء لان في القضاء زيادة فائدة وهي صيرورة الحادثة معلومة للقاضي وتبين سبب ملكه فاذا كانت المشفوعة تملك بأحد الامرين فقبل وجود أحدهما لا يثبت له فيها شيء من أحكام الملك حتى لا تورث عنه اذا مات في هذه الحالة وتبطل شفعته اذا باع داره التي يشفع بها ولو بيعت دار بجنبها في هذه الحالة لا يستحقها بالشفعة لعدم ملكه فيها والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ باب طلب الشفعة ﴾

(قوله في المتن أشهد في مجلسه على الطلب) قال في الهداية والاشهاد فيه أي في طلب المواثبة ليس بلازم قال الكاكي لان طلب المواثبة ليس لاثبات الحق وانما شرط هذا الطلب ليعلم أنه غير معرض عن الشفعة حتى يمكنه الحلف حين طلب المشتري حلفه أنه طلبها كما سمع وفي الذخيرة وانما ذكر أصحابنا الاشهاد عند الطلب لا لانه شرط صحة هذا الطلب بل لاعتبار ثبوته على المشتري عند انكاره الطلب اه (قوله فالاول طلب المواثبة) وسمي الطلب الاول طلب المواثبة تبركاً بلفظ الحديث وهو قوله عليه الصلاة والسلام الشفعة لمن واثبها أي طلبها على وجه السرعة والمبادرة سمي بذلك من الوثوب على الاستعارة لان من يثب هو الذي يسرع في طي الارض عشيه اه رضاه اتقاني (قوله والشرط أن يطلب كما علم) أي على الفور سواء كان عنده انسان أو لم يكن وفي كتاب الاجناس نقل عن كتاب الشفعة لموسى بن نصر صاحب محمد بن الحسن يحتاج الشفيع أن يطلبها ساعة بلغه البيع ويتكلم بلسانه بالطلب حضره الشهود أو لم تحضره وقال الحسن ابن زياد من قول نفسه ليس عليه أن يتكلم بالطلب اذا لم يكن يحضرنه أحد اه اتقاني

(قوله ويشترط أن يكون متصلا بعلمه عند عامة المشايخ) يعني أن عامة المشايخ على أن طلب الشفعة على الفور اه اتقاني وكتب ما نصه قال الاتقاني والاصل هنا أن طلب الشفعة على الفور في رواية وفي رواية هشام على المجلس وهو اختيار الكرخي قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره واذا بيعت الدار ولها شفيع فبلغ ذلك الشفيع فان محمدا قال في الاصل ان لم يطلب مكانه بطلت شفعته قال القدوري في شرحه وهذا يقتضي أن الطلب على المجلس ثم قال الكرخي وقال ابن سماعة عن أبي يوسف ان لم يطلب حين بلغه بطلت شفعته وقال في موضع آخر فان لم يطلب ساعتئذ بطلت شفعته قال وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف قال القدوري وهذا يقتضي أن الطلب على الفور ثم قال الكرخي وقال ابن رستم عن محمد اذا بلغت الشفعة صاحبها فسكت فهو رضا وهو ترك للشفعة قال القدوري وهذا يدل أنه على الفور ثم قال الكرخي وقال هشام عن محمد في نوادره اذا بلغه فسكت هنيهة ثم ادعاها من ساعته فهو على شفعته قال القدوري وهذا يفيد المجلس وقال ابن أبي ليلى ان ترك الطلب ثلاثة أيام بطلت شفعته وقال الشعبي (١) ان تركها بطلت وقال شريك لا تبطل أبدا حتى يبطلها بقوله كذا ذكر القدوري في شرحه وجه رواية الفور قوله عليه الصلاة والسلام الشفعة لمن واثبها وقوله عليه الصلاة والسلام انما الشفعة كنشطة عقال ان قيدها ثبتت والا ذهبت ووجه رواية المجلس أنه خيار تملك كخيار القبول (٢٤٣) والمخيرة ولانه يتروى لينظر هل يصلح له الاخذ أم لا يصلح وذلك لا يمكن على الفور واذا ثبت انها على المجلس وهو أصح الروايتين كان على شفعته ما لم يقم أو يتشاغل بغير الطلب اه (قوله وعنه أن له التأمل الى آخر المجلس) أي روي عن محمد أن للشفيع مجلس العلم اه اتقاني (قوله وبهذه الرواية أخذ الكرخي) قال الاتقاني قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره بعدما ذكر فيه روايات الاصل والنوادر وليس هذا عندي اختلافا في رواية ولا معنى لان جميع العبارات انما أريد بها أن لا يكون الطلب متراخيا عن الحال تراخيا يدل على ترك المطالبة بالشفعة أو الاعراض عنها وهو عندي على مثال ما قالوا في المخيرة في الطلاق في رجل قال لزوجته أمرك بيدك وكخيار المشتري اذا أوجب له البائع البيع قال قد بعتك هذا العبد بألف فللمشتري خيار الرد أو القبول في المجلس ما لم يظهر منه ما يستدل به على الاعراض عن الجواب والترك اه اتقاني (قوله لا تبطل شفعته على هذه الرواية) يعني الرواية الثانية عن محمد التي عبر عنها بقوله وعنه الخ وهي التي اختارها الكرخي قال الاتقاني قال الكرخي في مختصره قال هشام في نوادره سألت محمدا عن رجل قيل له ان فلانا باع داره وهو شفيعها فقال الحمد لله قد ادعيت شفعتها أو قال سبحان الله أو قال الله أكبر قد ادعيت شفعتها أو لقي صاحبه الذي يدعي الشفعة قبله فبدأه بالسلام قبل أن يدعي الشفعة ثم ادعاها أو قال حين أخبر بالبيع من اشتراها أو بكم باعها أو عطس صاحبه فشمته قبل أن يدعي الشفعة ثم ادعاها قال محمد هو في هذا كله على شفعته الى هنا لفظ الكرخي ثم قال الاتقاني وقال في النوازل سئل أبو بكر البلخي عن الشفيع اذا سلم على المشتري قال تبطل شفعته اه (قوله وقد ذكرناها من قبل مع أخواتها) أي في آخر فصل القضاء بالمواريث من كتاب أدب القاضي (قوله اذا كان الخبر حقا) وجه قولهما أنه من أخبار المعاملات فيقبل فيه قول الواحد عدلا كان أو غير عدل كسائر أخبار المعاملات اه اتقاني (قوله ولو أخبره المشتري بنفسه) أي بان قال اشتريت دار فلان اه (قوله وأما الثاني وهو طلب التقرير) أي والاشهاد اه هداية

﴿فرع﴾ قال في خلاصة الفتاوى الشفيع اذا علم بالليل ولم يقدر على الخروج والاشهاد فان أشهد حين أصبح صح اه اتقاني

رضاه بجوار الجار الحادث ومعاشرته فتبطل شفعته به ولو أخبر بكتاب والشفعة في أوله أو وسطه فقرأ الكتاب الى آخره بطلت شفعته اذا كان ذلك بعد علم المشتري والثمن لان السكوت انما يكون دليل الرضا بعد العلم بهما كالبكر لا يكون سكوتها رضا الا اذا كان بعد العلم بالزوج ثم اذا أخبر بحضرة الشهود يشهدهم عليه وان لم يكن بحضرته أحد يطلب من غير اشهاد لان هذا الطلب صحيح من غير اشهاد والاشهاد لمخافة الجحود والطلب لا بد منه كي لا يسقط حقه فيما بينه وبين الله تعالى وليمكنه الحلف اذا حلف ولئلا يكون معرضا عنها وراضيا بجوار الدخيل ويشترط أن يكون متصلا بعلمه عند عامة المشايخ وهو مروي عن محمد رحمه الله تعالى وعنه أن له التأمل الى آخر المجلس كالمخيرة لانه تملك فلا بد من التأمل فيه كسائر التملكات وبهذه الرواية أخذ الكرخي رحمه الله ولو قال بعد ما بلغه البيع الحمد لله أو لا حول ولا قوة الا بالله العلي العظيم أو سبحان الله لا تبطل شفعته على هذه الرواية لان الاول حمد على الخلاص من جواره والثاني تعجب منه لقصد الاضرار به والثالث لافتتاح الكلام به ولا يدل شيء منه على الاعراض وكذا اذا قال من ابتاعها وبكم بيعت لانه يرغب فيها بثمن دون ثمن ويرغب عن مجاورة بعض دون بعض فلا يدل ذلك قبل العلم به على الاعراض وكذا لو قال خلصني الله ويصح الطلب بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة في الحال ولا يجب عليه الطلب حتى يخبره به رجلان غير عدلين أو واحد عدل عند أبي حنيفة رحمه الله أو رجل وامرأتان لان فيه الزاما من وجه دون وجه فيشترط فيها أحد شطري الشهادة إما العدالة أو العدد وقد ذكرناها من قبل مع أخواتها وعندهما يجب عليه الاشهاد اذا أخبره واحد حرا كان أو عبدا صغيرا كان أو كبيرا اذا كان الخبر حقا واذا لم يشهد بطلت شفعته ولو أخبره المشتري بنفسه يجب عليه الطلب بالاجماع كيفما كان لانه خصم فيه والعدالة غير معتبرة في الخصوم وأما الثاني وهو طلب التقرير

(١) قول المحشي ان تركها بطلت هكذا في الاصل ولعل في الكلام سقط فحرر اه كتبه مصححه

فلا بد من الاشهاد فيه لانه يحتاج اليه لاثباته عند القاضي ولا يمكنه الاشهاد على طلب المواثبة ظاهرا لانه على الفور فيحتاج بعد ذلك الى الاشهاد للتقرير حتى لو أمكنه ذلك وأشهد عند طلب المواثبة بأن بلغه البيع بحضرة الشهود والمشتري أو البائع حاضر أو كان عند الدار يكتبه ويقوم ذلك مقام الطلبين ذكره شيخ الاسلام وكيفية هذا الطلب أن ينهض من المكان الذي سمع فيه ويشهد على البائع ان كان المبيع في يده أو على المشتري أو عند العقار فاذا فعل ذلك استقرت شفعته واعلم ان الاشهاد عند هؤلاء الثلاثة لان المشتري والبائع خصم فيه بالملك أو باليد وأما عند العقار فلتعلق الحق به ولا يكون البائع خصما بعد تسليم المبيع الى المشتري لعدم الملك واليد فلا يصح الاشهاد عليه بعده هكذا ذكره القدوري والناطفي وذكر شيخ الاسلام أنه يصح استحسانا ومدة هذا الطلب مقدرة بالتمكن من الاشهاد مع القدرة على أحد هؤلاء الثلاثة حتى لو تكرر ولم يطلب بطلت شفعته وان قصد الاضرار من هذه الثلاثة وترك الاقرب فان كانوا جميعا في مصره جاز استحسانا لان نواحي المصر جعلت كناحية واحدة حكما كأنهم في مكان واحد وان كان بعضهم فيه والبعض في مصر آخر أو في الرستاق فقصد الابعد وترك الذي في مصره بطلت شفعته قياسا واستحسانا لتباين المكانين حقيقة وحكما وان كان الشفيع غائبا يطلب طلب المواثبة حين يعلم ثم يعذر في تأخير طلب التقرير بقدر المسافة الى أحد هذه الثلاثة وصورة هذا الطلب أن يقول ان فلانا اشترى هذه الدار وأنا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة وأطلبها الآن فاشهدوا على ذلك وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يشترط تسمية المبيع وتحديده لان مطالبة غير معلوم لا تصح فاد المبين المطلوب لم يكن للمطالبة اختصاص بالمبيع فلم يكن لها حكم حتى يتبين المطلوب وأما الثالث وهو طلب الاخذ والتملك فلا بد منه أيضا لانه لا يحكم له به بدون طلبه ونبين كيفية هذا الطلب من قريب ان شاء الله تعالى قال رحمه الله (ثم لا تسقط بالتأخير) أي لا تسقط الشفعة بتأخير هذا الطلب وهو طلب الاخذ بعد ما استقرت شفعته بالاشهاد وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله في ظاهر الرواية وعن أبي يوسف رحمه الله أنه اذا ترك المخاصمة في مجلس من مجالس القاضي من غير عذر بطلت شفعته لان دليل الاعراض والتسليم كما في تأخير الطلبين الاولين وقال محمد رحمه الله ان أخر هذا الطلب الى شهر من غير عذر بطلت شفعته وعنه أنه قدره بثلاثة أيام لانه لو لم تسقط بتأخيره للحق المشتري ضرر من جهته لانه يمتنع عن التصرف فيه خشية أن ينقض تصرفه وهو مدفوع قال عليه الصلاة والسلام لا ضرر ولا ضرار في الاسلام ثم قدرت تلك المدة بثلاثة أيام في رواية لانها هي التي ضربت لابلاء الاعذار كمهال الخصم للدفع والمدين للقضاء وفي رواية قدرها بشهر وهو قول زفر ورواية عن أبي يوسف رحمهم الله لانه أجل وما دونه عاجل على ما مر في الايمان ووجه الظاهر أن حقه قد تقرر بالاشهاد فلا يبطل بالتأخير كسائر الحقوق وما ذكر من الضرر يمكنه ازالته بأن يرفع الامر الى الحاكم فيأمره بالاخذ أو بالترك على أنه مشكل عما اذا كان الشفيع غائبا حيث لا تسقط بالتأخير ولو كان ضرره مراعى لسقطت الا فرق في لزوم الضرر في حقه بين أن يكون حاضرا أو غائبا ولو كان التأخير بعذر من مرض أو حبس أو عدم قاض يرى الشفعة بالجوار في بلده لا تسقط بالاجماع وان طالت المدة لكونه لا يمكن من الخصومة في مصره وقال شيخ الاسلام الفتوى اليوم على أنه اذا أخر شهرا سقطت الشفعة لتغير أحوال الناس في قصد الاضرار بالغير قال رحمه الله (فان طلب عند القاضي سأل المدعى عليه فان أقر بملك ما يشفع به أو نكل أو برهن الشفيع سأله عن الشراء فان أقر به أو نكل أو برهن الشفيع قضى بها) أي اذا استدام الشفيع وادعى الشراء وطلب الشفعة عند القاضي سأل القاضي المدعى عليه وهو المشتري عن الدار التي يشفع بها الشفيع هل هي ملك الشفيع أم لا فان أقر بأنها ملكه أو أنكر ونكل عن اليمين أو أقام الشفيع بينة أنها ملكه سأل القاضي المشتري عن الشراء فيقول له هل اشتريت أم لا

فان

(قوله لانه على الفور) قال الشيخ الامام علاء الدين الاسبيجابي رحمه الله في شرح الكافي ثم يذهب على الفور بعد طلب المواثبة الى الدار أو الى البائع أو الى المشتري فيطلب الشفعة عند واحد من هؤلاء ويشهد على ذلك ويسمى هذا طلب التقرير ولو ترك هذا أو أخر من غير عذر تبطل شفعته اه اتقاني (قوله أو على المشتري) أي سواء كانت الدار في يده أولا لان الملك له ويأخذ الشفعة منه اه درراية (قوله وذكر شيخ الاسلام أنه يصح استحسانا) أي لان الاشهاد حصل على العاقد فيصح كما يصح على المشتري اه درراية (قوله وأما الثالث) أي من أنواع الطلب اه (قوله وهو طلب الاخذ والتملك) وسماه بعضهم طلب الخصومة قال الاتقاني وسماه في شرح الكافي طلب الاستحقاق وهو أن يرفع الشفيع الامر الى القاضي فيثبت حقه عنده بالحجة اه (قوله وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف في ظاهر الرواية) أي وعليه الفتوى اه هداية (قوله بطلت شفعته) أي وهو قول زفر اه هداية (قوله لا تسقط بالتأخير) أي بالاتفاق اه كاكي (قوله وقال شيخ الاسلام) أي وقاضيخان في جامعه وصاحب المنافع والخلاصة اه كاكي قال الكاكي فكان ما اختاره في الكتاب بأن الفتوى على قول أبي حنيفة مخالفا لرواية هذه الكتب اه

(قوله سأله عن سبب شفعته وحدودها يشفع بها) قال الاتقاني رحمه الله وشرط في الفتاوى بيان حدود دار الشفيع التي فلطلب الشفعة بها بان قال أنا شفيعها بالجوار بداري التي أحد حدودها كذا والثاني كذا والثالث كذا والرابع كذا ولا يشترط تحديد

فان أقر أنه اشترى أو نكل عن اليمين أو أقام الشفيع بينة قضى بالشفعة لثبوته عنده وهذا هو طلب الاخذ الموعود به فذكرهنا سؤال القاضي المدعى عليه عن ملك الشفيع أولا عقيب طلب الشفيع وليس كذلك بل القاضي يسأل المدعي أولا قبل أن يقبل على المدعى عليه عن موضع الدار من محلة وحدودها لانه ادعى فيها حقا فلا بد من أن تكون معلومة لان دعوى المجهول لا تصح فصار كما اذا ادعى ملك رقبتها فاذا بين ذلك سأله هل قبض المشتري الدار أم لا لانه اذا لم يقبضها لا تصح دعواه على المشتري حتى يحضر البائع فاذا بين ذلك سأله عن سبب شفعته وحدودها يشفع بها لان الناس يختلفون فيه فلعله ادعاه بسبب غير صالح أو يكون هو محجوبا بغيره فاذا بين سببا صالحا ولم يكن محجوبا بغيره سأله أنه متى علم وكيف صنع حين علم لانها تبطل بطول الزمان وبالاعراض وبما يدل عليه فلا بد من كشف ذلك فاذا بين ذلك سأله عن طلب التقرير كيف كان وعند من أشهد (١) وهل كان الذي أشهد عنده كان أقرب من غيره أم لا على الوجه الذي بيناه فاذا بين ذلك كله ولم يخل بشئ من شروطه ثم دعواه وأقبل على المدعى عليه فسأله عن الدار التي يشفع بها هل هي ملك الشفيع أم لا وان كانت هي في يد الشفيع وهي تدل على الملك ظاهرا لان الظاهر لا يصلح للاستحقاق فلا بد من ثبوت ملكه بحجة لاستحقاق الشفعة فيسأله عنه فان أنكر أن يكون ملكا له يقول للمدعي أقم البينة أنها ملكك فان عجز عن البينة وطلب يمينه استحلف المشتري بالله ما يعلم أنه مالك للذي ذكره مما يشفع به لانه ادعى عليه حقا لو أقر به لزمه ثم هو في يد غيره فيحلف على نفي العلم وهذا عند أبي يوسف رحمه الله وعند محمد رحمه الله يحلف على البتات لان المدعي يدعي عليه استحقاق الشفعة بهذا السبب فصار كما اذا ادعى عليه الملك بسبب الشراء فان نكل أو قامت للشفيع بينة أو أقر المشتري بذلك ثبت ملك الشفيع في الدار التي يشفع بها وثبت السبب وبعد ذلك يسأل القاضي المدعى عليه فيقول له هل اشتريت أم لا فان أنكر الشراء قال للشفيع أقم البينة أنه اشترى لان الشفعة لا تجب الا بالشراء فلا بد من اثباته بالحجة فان عجز عن اقامة البينة وطلب يمين المشتري احتلف بالله ما اشترى أو بالله ما يستحق عليه في هذه الدار شفعة من الوجه الذي ذكره فهذا تحليف على الحاصل وهو قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله والاول على السبب وهو قول أبي يوسف رحمه الله على ما بيناه في الدعوى وانما يحلف على البتات على فعل نفسه وعلى ما في يده أصالة وفي فعله يحلف على البتات على ما عرف في موضعه فان نكل أو أقر أو قامت للشفيع بينة قضى بها لظهور الحق بالحجة قال رحمه الله (ولا يلزم الشفيع احضار الثمن وقت الدعوى بل بعد القضاء) بل يجوز له المنازعة وان لم يحضر الثمن الى مجلس القاضي فاذا قضى القاضي له بالشفعة لزمه احضار الثمن وهذا ظاهر رواية الاصل وعن محمد رحمه الله أن القاضي لا يقضي له بالشفعة حتى يحضر الثمن وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله احترازا عن نوى الثمن وجه الظاهر أن الثمن قبل القضاء غير واجب عليه ولا يطالب بادائه والاحضار للتسليم ولا يجب التسليم قبل الوجوب فلا معنى لاحضاره قبل القضاء ثم اذا قضى القاضي له بالشفعة قبل احضار الثمن فللمشتري أن يحبس العقار عنه حتى يدفع الثمن اليه لانهما تنازلا منزلة البائع والمشتري وينفذ القضاء عند محمد رحمه الله أيضا لانه فصل مجتهد فيه ولو أخر دفع الثمن بعد ما قال ادفع الثمن اليه لا تبطل بالاجماع لتأكدها بالقضاء بخلاف ما اذا أخر قبل القضاء بعد الاشهاد عند محمد رحمه الله حيث تبطل لعدم التأكد قال رحمه الله (وخاصم البائع لو في يده) أي للشفيع أن يخاصم البائع اذا كان المبيع في يده لان له يدا محقة أصالة فكان خصما كالمالك بخلاف المودع والمستعير

دار الشفيع على ما قال فالخصاف لو اذا قال أنا شفيع الدار التي اشتراها فلان من فلان وهي في بلدة كذا في محلة كذا في سكة كذا وبين حدودها بداري التي تلازقها كفى وان لم يذكر حدود داره قال الفقيه أبو الليث وأما الطلب عند الحاكم أن يقول اشترى هذه الدار التي أحد حدودها كذا والثاني كذا والثالث كذا والرابع كذا وأنا شفيعها بالجوار بداري التي أحد حدودها كذا والثاني كذا والثالث كذا والرابع كذا طلبت أخذها بشفعتي فره بتسليمها الي بشفعتي هذه اه اتقاني (قوله يقول للمدعى الخ) وقال زفر وهو احدى الروايتين عن أبي يوسف ليس عليه اقامة البينة على الملك لان اليد دليل على الملك ألا ترى أن الشهود يشهدون بالملك بمشاهدة اليد فوجب أن يقضى بالشفعة لاجلها ولنا أن اليد ظاهر في الملك والظاهر يدفع به الدعوى ولا يستحق به على الغير اه اتقاني (قوله وطلب) أي الشفيع اه (قوله وهو قول أبي يوسف) أي وقد مر الكلام فيه في فصل كيفية اليمين اه (قوله احترازا عن نوى الثمن) أي اذ لو قضى القاضي قبل احضار الثمن لم يأمن أن يكون الشفيع مفلسا فيتعجل ملك الدار ويتأخر الثمن عن المشتري وهذا لا يجوز وليس كذلك البيع لان الملك ينتقل برضا البائع فلذلك استوى ما فيه ضرر وما لا ضرر فيه اه اتقاني

(١) قوله وهل كان الذي أشهد عنده كان هكذا في النسخ بتكرار لفظ كان اه مصححه

(قوله في المتن ولا يسمع البينة حتى يحضر المشتري الخ) قال الكرخي في مختصره فاذا صح الاشهاد على ماذكرنا وأراد أن يقضي له بالدار بالشفعة فان كانت الدار لم تقبض أحضر البائع والمشتري جميعا ولا يقضي له حتى يحضرا جميعا فان أحضر أحدهما دون الآخر لم يحكم له فان كانت الدار قد قبضت فالخصم هو المشتري وحده فاذا أحضر حكم عليه فاذا حكم الحاكم بالشفعة على ماذكرنا والدار في يد البائع انتقض البيع الذي كان بين البائع والمشتري وسلم الشفيع الثمن الى البائع وكانت عهدة الشفيع على البائع بالثمن ويرجع الشفيع على البائع بالثمن اذا كان نقده الى هنا لفظ الكرخي وقال الكرخي أيضا في مختصره فاذا أخذ الدار بالشفعة من يد المشتري فالبيع الاول صحيح ويدفع الشفيع الثمن الى المشتري وعهدة الشفيع على المشتري وذلك لان الشيء انتقل من ملك المشتري فلم يجب بذلك فسخ بيعه كما لو باعه وأورد القدوري هنا سؤالا وجوابا في شرحه فقال فان قيل اذا كان الشفيع يستحق بسبب سابق للمشتري فاذا أخذ الشيء من يد المشتري انفسخ ملك المشتري كما ينفسخ اذا أخذ من يد البائع أصل المستحق اذا أخذ من يد المشتري والجواب ان أخذ الشفيع من يد المشتري لو كان فسخا لم يجز أن يقضي الا بحضور البائع (ص ٣٦) فلما اتفقوا على أنه يقضي على المشتري بالشفعة بغير حضرة البائع دل على أن الاخذ منه ليس بفسخ ويفارق هذا الاستحقاق لانه يتبين بالاستحقاق أن البائع لم يكن مالكا وانما فسخنا البيع اذا أخذ من يد المالك لسقوط القبض وهذا لا يوجد اذا أخذ من المشتري واذا ثبت ماذكرنا قلنا ان كانت الدار لم تقبض فالعهدة عليه من يد البائع لان العهدة ضمان الثمن عند الاستحقاق والبائع هو القابض للثمن وكان رده عليه ولان البيع انفسخ بين البائع والمشتري وانتقل المبيع من ملك البائع فكانت عهدته عليه وان كانت الدار قد قبضت من المشتري فان العهدة عليه لانه هو القابض للثمن ولان الشيء انتقل من ملكه وهذا مذهبنا وعند الشافعي عهدة الشفيع على المشتري في الوجهين وقال زفر عهدته على البائع في الوجهين اه اتقاني مع حذف

ونحوهما لان يدهم ليست بأصالة فلا يكون خصما قال رحمه الله (ولا يسمع البينة حتى يحضر المشتري فيفسخ البيع بمشهده والعهدة على البائع) لان الشفيع مقصوده أن يستحق الملك واليد فيقضي القاضي بهما له فيشترط حضور البائع والمشتري للقضاء عليهما بما لان لاحدهما يدا والآخر ملكا فلا بد من اجتماعهما لان القضاء على الغائب لا يجوز ولان أخذه من يد البائع يوجب فوات المبيع قبل القبض وفواته قبله يوجب الفسخ لكونه قبل تمامه كما اذا هلك قبل القبض ولا يجوز أن يفسخ عليهما الا بحضرتهما لانه قضاء عليهما بالفسخ وهو لا يجوز على الغائب بخلاف ما بعد القبض حيث لا يشترط حضور البائع لان العقد قد انتهى بالتسليم فصار البائع أجنبيا عنهما ثم وجه هذا الفسخ المذكور هنا أن يجعل فسخا في حق الاضافة الى المشتري لان المبيع قد فات بالاخذ قبل القبض وهو يوجب الفسخ فقلنا بأنه انفسخ بالاضافة الى المشتري وبقي أصل العقد لان انفساخه يوجب سقوط الشفعة وهي انما تجب بعقد البيع فيجعل العقد مضافا الى الشفيع قائما مقام المشتري كأن البائع باعه له وخاطبه بالايجاب فجعل العقد متحولا الى الشفيع فلم ينفسخ أصله وانما انفسخ اضافته الى المشتري ونظيره في المحسوسات من رمى سهما الى شخص فتقدم غيره فأصابه فالرمي بنفسه لم ينتقض والتوجه الى الاول قد انتقض بتخلل الثاني وتوجه اليه فكذا هنا تحولت الصفقة الى الشفيع كأن العقد من الابتداء وقع معه قال رحمه الله (والوكيل بالشراء خصم للشفيع ما لم يسلم الى الموكل) لان الخصومة فيها من حقوق العقد وهي الى العاقد أصيلا كان أو وكيلا ولهذا لو كان البائع وكيلا كان للشفيع أن يخاصمه ويأخذها منه بحضرة المشتري كما اذا كان البائع هو المالك على ما بينا الا أنه اذا سلمها الى الموكل لا يبقى للوكيل ولا ملك له فلا يكون خصما بعده فصار كالبائع فانه يصير خصما ما لم يسلمها الى المشتري فاذا سلمها لم تبق يد ولا ملك له فخرج من أن يكون خصما وهذا مثله غير أنه لا يشترط للقضاء حضور الموكل لان الوكيل نائب عنه لانه أقامه باختياره مقام نفسه فكان حضوره كحضور الموكل ولا كذلك البائع لانه ليس بنائب عن المشتري فلا بد من حضور المشتري للقضاء عليه بخروجه عن ملكه والاب ووصيه كالوكيل قال رحمه الله (وللشفيع خيار الرؤية والعيب

قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي ومن اشترى دار الرجل بأمره وقبضها ثم جاء الشفيع فطلب الشفعة فانه ينظر ان كان الوكيل لم يسلم الدار الى الموكل كان للشفيع أن يأخذ الدار منه ويكتب عهدته عليه وينقد الثمن اليه ويدفعه الوكيل الى الموكل وان كان الوكيل سلم الدار الى الموكل أخذها منه ونقد الثمن اياه ويكتب العهدة عليه وروى عن أبي يوسف أنه قال لا يأخذ من يد الوكيل لانه انما اشتراه للموكل وهو ليس بخصم فيها لكن يقال سلم الدار الى الموكل ثم يأخذها الشفيع منه وفي ظاهر الرواية ماذكرنا انه يأخذها من يد الوكيل اذا كانت في يده لان حقوق العقد راجعة الى العاقد فيكون في حقوق عقده كالمالك والشفعة من حقوق العقد اه غاية (قوله والاب ووصيه كالوكيل) قال في الهداية وكذا اذا كان البائع وصي الميت فيما يجوز بيعه لما ذكرنا قال الاتقاني يعني يكون الوصي هو الخصم للشفيع اذا باع ما يجوز بيعه لانه العاقد بيان ذلك أن الورثة اذا كانوا كلهم كبارا حضورا ولا دين ولا وصية فليس للوصي بيع شيء من التركة لعدم الولاية على الكبار فان كان الكبار غيبا فله بيع العروض دون العقار لان له ولاية الحفظ وان كان الورثة صغارا فله بيع الكل

لانه قائم مقام الاب ولو كانوا صغارا وكبارا فله بيع العروض والعقار من نصيب الصغار والكبار عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا بيع نصيب الصغار من العروض والعقار دون نصيب الكبار الحضور فان كانوا غيبا باع عروضهم لاعقارهم كذا في المختلف اه اتقاني رحمه الله (قوله ولا بشرط البراءة منه) قال الامام العتابي في شرح الجامع الصغير الاخذ بالشفعة شراء من وجه من حيث انه تملك بثمن معلوم حتى يثبت له خيار الرؤية وخيار العيب واستيفاء حقه من وجه حتى يستوي فيه القضاء وعدم القضاء ٢٤٧ والرضا وعدم الرضا ولو بطل بطل

والعيب وان شرط المشتري البراءة منه) لان الاخذ بالشفعة شراء من المشتري ان كان الاخذ بعد القبض وان كان قبله فشراء من البائع لتحول الصفقة اليه فيثبت له الخياران فيه كما اذا اشتراه منهما باختيارهما ولا يسقط خياره برؤيته المشتري ولا بشرط البراءة منه لان المشتري ليس بنائب عن الشفيع فلا يعمل شرطه ورؤيته في حقه قال رحمه الله (وان اختلف الشفيع والمشتري في الثمن فالقول للمشتري) لان الشفيع يدعي عليه استحقاق الاخذ عند نقد الاقل والمشتري ينكر ذلك والقول للمنكر مع يمينه ولا يحالف لان التحالف عرف بالنص فيما اذا وجد الانكار من الجانبين والدعوى من الجانبين والمشتري لا يدعي على الشفيع شيأ فلا يكون الشفيع منكرا فلا يكون في معنى ما ورد به النص فامتنع القياس قال رحمه الله (وان برهنا فللشفيع) أي وان أقاما البينة فالبينة بينة الشفيع وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف والشافعي رحمهما الله البينة بينة المشتري لانها تثبت الزيادة والبينة المثبتة للزيادة أولى كما اذا اختلف البائع والمشتري أو الوكيل بالشراء مع الموكل في مقدار الثمن أو المشتري من العدو مع المالك القديم في ثمن العبد المأسور وأقاما البينة فان بينة البائع والوكيل والمشتري من العدو أولى لما فيها من اثبات الزيادة ولهما أن بينة الشفيع أكثر اثباتا لانها ملزمة للمشتري وبينة المشتري ليست بملزمة للشفيع لتخيره بين الاخذ والترك ولانه لا تنافي بين البينتين في حق الشفيع لانه أمكن أن يعمل بهما بأن يثبت العقدان فيأخذ المشتري بأيهما شاء فلا يصار الى الترجيح لان الاشتغال بالترجيح عند تعذر العمل بهما وهو نظير ما اذا اختلف المولى مع عبده فقال المولى قلت لك اذا أديت الي ألفين فأنت حر وقال العبد قلت لي اذا أديت الي ألفا فأنت حر وأقاما البينة فان البينة بينة العبد لما انها ملزمة أو لانه لا تنافي فيثبت التعليقان ويعتق العبد بأداء أي المالين شاء بخلاف المسائل المستشهد بها أما البائع والمشتري فلان كل واحد من البينتين ملزمة حتى يخير كل واحد منهما ولا يمكن الجمع بينهما حتى يأخذ بأيهما شاء لان العقد الثاني يكون فسخا للاول في حقهما فلا يأخذ المشتري الا بالثاني فاذا تعذر الجمع صرنا الى الترجيح بالزيادة وفيما نحن فيه لا يتعذر الجمع لانه لا ينفسخ الاول بالعقد الثاني في حق الشفيع فيأخذ بأي العقدين شاء ولهذا لو باعه المشتري من غيره كان له أن يأخذه بالبيع الثاني ان شاء وان شاء بالاول وأما الوكيل والموكل فقد روى ابن سماعة عن محمد رحمه الله أن البينة بينة الموكل فلا يرد والفرق على الظاهر أن الوكيل مع الموكل كالبائع مع المشتري لوقوع المبادلة الحكمية بينهما ولهذا يجري التحالف بينهما فكانت بينة كل واحد منهما ملزمة ولا يمكن العمل بهما فصرنا الى الترجيح بالزيادة ولا كذلك الشفيع مع المشتري ولهذا لا يجري التحالف بينهما على ما بينا وأما المالك القديم مع المشتري من العدو فقد ذكر في السير الكبير أن البينة بينة المالك القديم والمعنى فيه أن بينته ملزمة وبينة المشتري من العدو غير ملزمة لتخير المالك القديم بين الاخذ والترك فصار كالشفيع ولئن سلمنا ففيها العمل بالبينتين غير ممكن في حق المالك القديم لان البيع الاول ينفسخ بالثاني فوجد التعارض فصرنا الى الترجيح بالزيادة وفي حق الشفيع لا ينفسخ فلم يوجد التعارض قال رحمه الله (وان ادعى المشتري ثمنا وادعى بائعه أقل منه ولم يقبض الثمن أخذها الشفيع بما قال البائع) لان الامر ان كان

لا الى خلاف حتى لا يكون المأخوذ منه ضامنا له سلامة البناء ونحو مما له اذا أخذ الشفيع الدار بالشفعة فله خيار الرؤية وخيار العيب سواء كان ذلك المشتري أو لم يكن ولو بنى فيها بناء أو غرس غرسا ثم استحقت الدار والعقار وأمر بقلع البناء والغرس يرجع على من أخذ منه بالثمن ولا يرجع بقيمة البناء والغرس عليه لانه لم يضمن له سلامة البناء لانه أخذه على كره منه ان أخذ بقضاء وكذا اذا أخذه بغير قضاء لانه يستوفي عين حقه لانه انما يأخذه بحق متقدم على البيع لكونه متقدما على الدخيل فيستوي فيه القضاء وغير القضاء كالرجوع في الهبة لما كان الراجع أخذ عين حقه بحق متقدم على الهبة يستوي القضاء والرضا اه اتقاني (قوله والمشتري لا يدعي) أي لان الشفيع مخير بين أخذ المبيع وتركه فلم يتحقق كونه مدعى عليه لانه هو الذي اذا ترك الدعوى لا يترك والشفيع اذا ترك الدعوى يترك فلم يكن اختلافهما في معنى ما ورد به النص وهو قوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وترادا فلا جرم لم يجب التحالف اه اتقاني (قوله أو المشتري من العدو) أي الحربي اه (قوله لانه أمكن أن يعمل بهما) أي لانه يجوز أن يشتري مرتين مرة بألف ومرة بألفين فأمكن تصديق البينتين اه كاكي (قوله ولئن سلمنا) اي أن بينة المشتري أولى كما هو ظاهر الرواية اه اتقاني (قوله أخذها الشفيع بما قال البائع) أي ولا فرق في ذلك بين أن تكون الدار في يده أو في يد المشتري اه اتقاني

(قوله وقبضت الثمن) أي وقال المشتري بالفين اه غاية (قوله ولاشيء له على الغريم) أي مؤاخذة لكل منهما باقراره تأمل تدر اه
(قوله حتى يأخذه بمابقي) هذا اذا حط البائع أما اذا حط وكيل البائع عن المشتري بعض الثمن صح حطه ويضمن قدره للبائع ولا يكون ذلك حطا عن الشفيع لان حط الوكيل لا يلتحق بأصل العقد اه فتاوى فاضيخان وكتب مانصه قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي وان زاد البائع في الثمن زيادة (٣٤٨) بعد العقد أخذ الشفيع الدار بالثمن الاول فلا يصح تفسيرهما في حقه وكذلك

كما قاله البائع فالشفيع يأخذه به وان كان كما قاله المشتري يكون حطا عن المشتري بدعواه الاقل وحط البعض يظهر في حق الشفيع على مابينا في البيوع فيأخذه به ولان غلاء المشتري بايجاب البائع فكان القول قوله في مقدار الثمن مادامت مطالبته باقية فيأخذ الشفيع بقوله ولو كان ما ادعاه البائع أكثر مما ادعاه المشتري تحالفا وأيهما نكل ظهر أن الثمن ما يقوله الآخر فيأخذها الشفيع بذلك لان النكول حكما لاقرار بما يدعيه خصمه وان حلفا فسخ القاضي العقد بينهما على ما عرف في كتاب الدعوى يأخذها الشفيع بما يقوله البائع لان فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع لان حقه ثبت بالبيع فلا يقدران على ابطاله بالفسخ ألا ترى أن الدار اذا ردت على البائع بعيب لا يبطل حقه وان كان الرد بقضاء قال رحمه الله (وان قبض أخذها بما قال المشتري) أي لو كان البائع قبض الثمن أخذها الشفيع بما قال المشتري اذا ثبت ذلك بالبينة أو بيمينه على مابينا لان البائع باستيفاء الثمن خرج من البين والتحق بالاجانب لانها حكم العقد به فلا يلتفت الى قوله فبقي الاختلاف بين الشفيع والمشتري على حاله وقد بينا أن القول فيه قول المشتري ولو كان قبض الثمن غير ظاهر فقال البائع بعت الدار بألف وقبضت الثمن يأخذها الشفيع بألف لانه لما بدأ بالاقرار بالبيع تعلقت الشفعة به لان اقراره بعقد الثمن صحيح قبل قبض الثمن وبعده لا يصح على مابينا والثمن غير مقبوض ظاهرا لان الاصل عدم القبض فيبقى حتى يوجد ما يبطله وبقوله بعد ذلك قبضت الثمن يريد ابطال حق الشفيع لانه اذا قبض الثمن يخرج من البين فيكون أجنبيا فلا يقبل اقراره بعقد الدار الثمن على مابينا فلا يقبل قوله قبضت في حق الشفيع لانه يريد بذلك أن يجعل نفسه أجنبيا حتى لا يقبل اقراره بعقداره فيرد عليه فيأخذها المشتري بألف ولو بدأ بقبض الثمن قبل بيان القدر بأن قال بعت الدار وقبضت الثمن وهو ألف درهم لم يلتفت الى قوله في مقدار الثمن لانه لما أقر بقبض الثمن أولا خرج به من البين فصار أجنبيا فلا يعتبر قوله في مقدار الثمن على مابينا وقال في النهاية نظيره ما اذا قال الوصي استوفيت جميع ما لليت على غريمه فلان وهو ألف درهم وقال الغريم بل كان علي ألفا درهم وقد أوفيتك جميع ذلك فالوصي ضامن للالف ولا شيء له على الغريم ولو قال استوفيت منه الف درهم وهو جميع ما لليت عليه فقال فلان كان علي الفا درهم وقد أوفيتك الكل فالوصي أن يرجع عليه بألف أخرى لانه لما بين قبض الجميع صار أجنبيا فلا يقبل بيان قدره بعده وما لم يبين أن قبض الجميع لا يكون أجنبيا فيقبل قوله في بيان قدره فيكون القول لخصمه لانكاره في الأولى دون الثانية قال رحمه الله (وحط البعض يظهر في حق الشفيع حط الكل والزيادة) أي حط بعض الثمن يظهر في حق الشفيع حتى يأخذه بمابقي ولا يظهر حط الكل في حقه ولا الزيادة على الثمن بعد عقد البيع حتى لا تلزمه الزيادة ولا يسقط عنه شيء من الثمن فيأخذه بجميع المسمى عند العقد لان الحط لما التحق بأصل العقد صار الباقي هو الثمن كأنه لم يسم غير ذلك ولا فرق في ذلك بين أن يكون الحط قبل أخذه بالشفعة أو بعده لوجود الالتحاق في الصورتين فيرجع الشفيع على المشتري بالزيادة ان كان أوفاه الثمن ولو حط بعض الثمن بعد تسليمه الشفعة كان له أن يأخذها بالباقي لانه تبين له أن الثمن أقل فلا يصح تسليمه بخلاف حط الكل حيث لا يلتحق بأصل العقد لانه لو التحق لكان هبة أو بيعا بلا ثمن وهو فاسد

لو باعها المشتري من آخر بثمن أكثر من ذلك كان للشفيع أن يأخذها بالثمن الاول من المشتري الآخر ويرجع المشتري الآخر على البائع الثاني بما بقي له لان حق الشفيع تعلق بالعقد الاول وتكون العهدة على المشتري الاول لانه أخذه بقضية العقد الاول ومتى انتقض العقد الثاني لم يسلم للمشتري الدار فيرجع بالثمن وقد وصل اليه بعضه من يد الشفيع فيرجع بالبقية على بائعه ان كان قد دفع الثمن اليه ولو أخذه بالبيع الثاني كان له ذلك ولا يكون تسليما للبيع الاول وهو يصلح سببا لاستحقاق الشفعة كالبيع الاول ومتى أخذه بالشراء الثاني من يد المشتري الآخر كانت العهدة عليه ولا يرجع على بائعه بشيء لانه وصل اليه تمام حقه وكذلك لو وهبها المشتري وسلمها أو رهنها أو تزوج عليها امرأة كان للشفيع أن يبطل ذلك كله ويأخذها بالشفعة الاولى لان هذه التصرفات تبطل حق البيع الاول فكان له حق النقض ليعيدها على ملك المشتري ويأخذ الحق الذي له وهذا بخلاف المشتري شراء فاسدا اذا تصرف شيأ من هذه التصرفات لا يكون للبائع حق النقض وان كان حق الاسترداد ثابتا له لانه فعل ما فعل بتسليط منه فصار أن لا يكون له حق النقض لتعلق حق الغير به بخلاف الشفيع وليس لاحد من هؤلاء عمل الشفيع شيء من الثمن انما الثمن للمشتري الاول لان الملك وقع عليه ولا يأخذ الدار حتى ينقد الثمن لانه عند تحول الصفقة اليه نزل منزلة المشتري والمشتري منزلة البائع فلا يكون بسبيل من أخذه حتى يصل الثمن الى بائعه اه اتقاني

فلا شفعة فيهما وكذلك الزيادة تلتحق بأصل العقد وانما لا تظهر في حق الشفيع لانه استحق أخذها بالمسمى قبل الزيادة فلا يملك ابطال حقه الثابت له فلا يتغير العقد في حقه كما لا يتغير بتجديدهما العقد لما يلحقه بذلك من الضرر ويلتحق به في نفسه لان له ولاية على نفسه دون الشفيع بخلاف بيع المرابحة والتولية حيث تصح الزيادة في حقه أيضا حتى جاز بناؤهما عليها لانه ليس فيه ابطال حق أحد لان المشتري لا يستحق عليه أحد بيع المرابحة فيلتحق في حقهما بأصل العقد وفيه خلاف زفر والشافعي رحمهما الله وقد بيناه في البيوع وبينا الحجج من الجانبين قال رحمه الله (وان اشترى دارا بعرض أو عقار أخذها الشفيع بقيمته وبمثله لو مثليا) لان الشفيع يتملكها بمثل ما تملكها المشتري به ثم المثل لا يخلو اما أن يكون مثلا له صورة ومعنى كالمكيل والموزون والعددي المتقارب أو معنى لا صورة وهو ما عدا ذلك فيعتبر ذلك المثل كما في ضمان العدوان فيأخذ به لانه بدل لها ولهذا لو اشتراها بعقار يأخذ كل واحد منهما بقيمة الآخر قال رحمه الله (وبحال لو مؤجلا أو يصبر حتى يمضي الاجل فيأخذها) أي يأخذها من المشتري بثمن حال اذا كان الثمن مؤجلا أو يصبر حتى يمضي الاجل فيأخذها عند ذلك وليس له أن يأخذها في الحال بثمن مؤجل وقال زفر والشافعي ومالك رحمهم الله له ذلك لان للشفيع حق الاخذ بالثمن الذي يملك به المشتري بصفته والاجل صفة للدين ألا ترى أنه يقال دين مؤجل ودين حال ولنا أن الاجل يثبت بالشرط وليس من لوازم العقد فاشتراطه في حق المشتري لا يكون اشتراطا في حق الشفيع كالخيار والبراءة من العيوب ورضاه به في حق المشتري لا يدلنا على رضاه به في حق الشفيع لتفاوت الناس فيه ولا نسلم أنه وصف للدين لان الاجل حق المطلوب والدين حق الطالب ولو كان وصفا له لاستحقه الطالب ولهذا لو باع ما اشتراه بثمن مؤجل مرابحة أو تولية لا يثبت الاجل من غير شرط ولو كان صفة له لثبت ثم ان أخذها من البائع بثمن حال سقط الثمن عن المشتري لتحول الصفقة الى الشفيع على ما بينا من قبل ورجع البائع على الشفيع بثمن حال وان أخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بثمن مؤجل لان الاجل ثبت بالشرط فلا يبطل بأخذه الشفيع بثمن حال كما لا يبطل ببيعه المشتري بثمن حال وان اختار الانتظار كان له ذلك لان له أن لا يلتزم الضرر الزائد وقوله أو يصبر أي عن الاخذ أما الطلب فلا بد منه في الحال حتى لو سكت ولم يطلب بطلت شفعته عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وبه كان يقول أبو يوسف رحمه الله أولا ثم رجع عنه وقال لا تبطل شفعته بالتأخير الى حلول الاجل لان الطلب ليس بمقصود لذاته بل للاخذ وهو لا يتمكن منه في الحال بثمن مؤجل فلا فائدة في طلبه في الحال فلا يكون سكوته دليل الاعراض ولهما أن حق الشفيع قد ثبت ولهذا كان له أن يأخذه بثمن حال ولولا أن حقه ثابت لما كان له الاخذ في الحال والسكوت عن الطلب بعد ثبوت حقه يبطل الشفعة قال رحمه الله (وبمثل الخمر وقيمة الخنزير ان كان الشفيع ذميا وبقيمتهما لو مسلما) أي لو اشترى ذمي من ذمي عقارا بخمر أو خنزير فان كان شفيعه ذميا أخذه بمثل الخمر وقيمة الخنزير لان هذا البيع يقضى بصحته فيما بينهم فاذا صح ترتب عليه أحكام البيع ومن جملة الاحكام وجوب الشفعة به فيستحقه ذميا كان الشفيع أو مسلما غير أن الذمي لا يتعذر عليه تسليم الخمر فيأخذه بها لانها من ذوات

(قوله في المتن أخذها الشفيع بقيمته) ويعتبر قيمة ذلك الشيء وقت الشراء لا وقت الاخذ اه منافع (قوله يأخذ كل واحد منهما بقيمة الآخر) أي يأخذ شفيع كل واحد منهما مشفوعه بقيمة الآخر اه منافع (قوله في المتن وبحال لو مؤجلا) وهذا اذا كان الاجل معلوما أما اذا كان مجهولا كالحصاد والدياس ونحو ذلك وقال الشفيع أنا أعجل الثمن وآخذها لم يكن له ذلك لان الشراء بالاجل المجهول فاسد وحق الشفيع لا يثبت في الشراء الفاسد كذا في الذخيرة اه غاية (قوله والشافعي) (٢٤٩) أي في القديم اه هداية (قوله في المتن وبمثل الخمر وقيمة الخنزير الخ) قال في الهداية والمسلم والذمي في الشفعة سواء قال الاتقاني قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره وأهل الاسلام في استحقاق الشفعة وأهل الذمة والمستأمنون من أهل الحرب والعبيد المأذون لهم في التجارة والاحرار والمكاتبون والمعتق بعضه في وجوب الشفعة لهم وعليهم سواء وكذلك النساء والصبيان فيما وجب لهم أو وجب عليهم من ذلك والخصماء فيما يجب على الصبيان آباؤهم فان لم يكونوا فأوصياء الآباء فان لم يكونوا فالاجداد من قبل الاب فان لم يكونوا فأوصياء الاجداد فان لم يكونوا فالامام أو الحاكم يقيم لهم من ينوب عنهم فيه وأهل العدل وأهل البغي في الشفعة أيضا سواء الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله قال القدوري في شرحه وقال ابن شبرمة لا شفعة للكافر وقال الخرقي من أصحاب أحمد بن حنبل ولا شفعة لكافر على مسلم ولنا ما روي أن شريحا قضى لذمي على مسلم بالشفعة

فكتب بذلك الى عمر بن الخطاب فأجازه ولانه حق متعلق بالبيع فاستوى فيه المسلم والذمي كالرد بالعيب اه وكتب ما نصه ثم قيد شراءه بالخمر والخنزير احترازا عما اشتراه بالميتة فالبيع باطل ولا شفعة فيه اه كاكي قوله بالميتة أو دم اه اتقاني وقوله ولا شفعة فيه أي لان الشفعة لا تجب بالبيع الباطل اه ﴿فرع﴾ المسلم اذا اشترى في دار الحرب دارا وشفيعها مسلم لا شفعة فيها وان أسلم أهلها لان أحكامنا غير جارية فيها فلا شفعة حال البيع كذا في الشامل اه اتقاني

(قوله ولو كان شفيعها مسلما وذميا الخ) قال الاتقاني واذا اشتراها بخمر وشفيعها كافر ومسلم فهما سواء في الشفعة لانهما سواء في علته و يأخذ المسلم نصفها بنصف قيمة الخمر والكافر نصفها بمثل نصف الخمر لان الاخذ بالمثل يمكن في حقه فان أسلم قبل أن يأخذها لم تبطل شفعته لان الاسلام ليس بمبطل للحقوق (٣٠٠) ولكن يأخذ بقيمة الخمر كالمسلم الاصلي سواء اه (قوله والمستأمن كالذمي)

الامثال والمسلم لا يقدر على ذلك لكونه ممنوعا من تملكها وتملكها فيجب عليه قيمتها حكما في ضمان العدوان والخنزير من ذوات القيم فيجب عليهما قيمته ولا يقال قيمة الخنزير تقوم مقام عينه فوجب أن يحرم على المسلم تملكه بخلاف قيمة الخمر على ما عرف في موضعه لانا نقول انما يحرم عليه تملكها اذا كانت القيمة بدلا عن الخنزير وأما اذا كانت بدلا عن غيره فلا يحرم وهنا بدل عن الدار لا عن الخنزير وانما الخنزير يقدر بقيمته بدل الدار فلا يحرم عليه تملكها بل يملكها بأن أسلم المشتري قبل أخذ الشفيع الدار بالشفعة فان الشفيع يأخذها بقيمة الخنزير ولو كان شفيعها مسلما وذميا أخذ كل واحد منهما النصف بما ذكرنا من قيمة الخمر أو مثلها اعتبارا للبعض بالكل ولو أسلم الذمي صار حكمه كحكم المسلم من الابتداء فيأخذها بقيمة الخمر والخنزير كما اذا كان الثمن مثليا فانقطع قبل الاخذ بالشفعة فانه يأخذها بقيمته للتعذر كذا هذا والمستأمن كالذمي في جميع ما ذكرنا من الاحكام لالتزامه أحكامنا مدة مقامه في دارنا فصار كالذمي في تلك المدة ولا فرق بين أن يكون المشتري دارا أو بيعة أو كنيسة فان الشفيع يأخذه بالشفعة لان ملك الذمي فيها ثابت اذا كان يعتقد أن ملكه لا يزول بجعله بيعة أو كنيسة وان كان يعتقد أنه يزول فكذلك أيضا لانه باقدامه على بيعها صار معتقدا جواز بيعها والذمي اذا دان بديننا ينفذ تصرفه على مقتضى ديننا وان كان في دينه لا يجوز ولهذا اذا ترافعوا الينا نحكم بينهم بأحكامنا والمرتد لا شفعة له وطريق معرفة قيمة الخمر والخنزير بالرجوع الى ذمي أسلم أو فاسق تاب ولو أسلم أحد المتعاقدين والخمر غير مقبوضة انتقض البيع لان الاسلام منع قبضها ولكن لا تبطل الشفعة لانها وجبت بالبيع فلا تبطل بانتقاضه كما اذا اشترى دارا بعبد فهلك العبد قبل القبض فان البيع ينتقض بهلاكه ولكن لا تبطل الشفعة فيأخذها الشفيع بقيمة العبد قال رحمه الله (وبالثمن وقيمة البناء والغرس لو بنى المشتري أو غرس أو كاف المشتري قلعهما) أي اذا بنى المشتري أو غرس في الارض المشفوعة ثم قضى للشفيع بالشفعة فالشفيع بالخيار ان شاء أخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس مقلوعا وان شاء كلف المشتري قلعهما فيأخذها وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يكلفه بالقلع ولكنه بالخيار ان شاء أخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس وان شاء ترك وبه قال مالك والشافعي رحمهما الله لانه ليس بمتعد في البناء والغرس لثبوت ملكه فيه بالشراء فلا يعامل باحكام العدوان فصار كالموهوب له والمشتري شراء فاسدا وكما اذا زرعها المشتري فان كل واحد منهم لا يكلف القلع لتصرفه في ملكه فكذا المشتري في المشفوعة ولهذا لا يكلف قلع الزرع وهذا لان ضرر الشفيع بالزام قيمة البناء والغرس أهون من ضرر المشتري بالقلع لان الشفيع يحصل له بمقابلة القيمة عوض وهو البناء والغرس فلا يعد ضررا ولم يحصل للمشتري بمقابلة القلع شئ فكان الاول أهون فكان أولى بالتحمل ووجه ظاهر الرواية أنه بنى في محل تعلق به حق متأكد للغير من غير تسليط من جهة من له الحق فينقض كالراهن اذا بنى في المرهون وانما قلنا ذلك لان حق الشفيع أقوى من حق المشتري ولهذا تنقض جميع تصرفات المشتري حتى الوقف والمسجد والمقبرة بخلاف بناء الموهوب له على قول أبي حنيفة رحمه الله والمشتري شراء فاسدا لانه بتسليط منه ولا تسليط من الشفيع هنا ولان حق الاسترداد للواهب والبائع ضعيف ولهذا لا ينقض تصرفهما فلا يبقى بعد البناء وحق الشفيع قوي فيبقى بعده كما يقلع المستحق بناء المغرور وغرسه وله أن يأخذه بقيمته مقلوعا كالمستحق ولا مساواة بين الحقين حتى يرجح بزيادة الضرر لان الترجيح انما يصار اليه

أي في حق الشفعة اه غاية (قوله والمرتد لا شفعة له) قال الاتقاني وقال أي في الشامل باع المرتد دارا ثم قتل لا شفعة فيها عند أبي حنيفة خلافا لهما لان عند أبي حنيفة تصرف المرتد موقوف فاذا اتصل به الموت يحكم بأنه لم يكن صحيحا وعند أبي يوسف هو بمنزلة مريض وعند محمد هو بمنزلة من عليه القصاص تصرفه صحيح فكذلك هذا فلو أسلم قبل اللحاق جاز بيعه وللشفيع الشفعة بالاجماع لما عرف وقال أيضا اشترى المسلم دارا والمرتد شفيعها فقتل لا شفعة له ولا لورثته لانه بالقتل تبين أنه في حكم من زال ملكه في وقت البيع ولا لورثته لان الملك ليس بثابت لهم حقيقة وقال أيضا اشترى المرتد ثم قتل لم تبطل شفعة الشفيع لان شفعته متعلقة بالخروج من ملك البائع وقد خرج اه اتقاني (قوله والخمر غير مقبوضة) أي والدار غير مقبوضة أو مقبوضة اه غاية (قوله فلا تبطل بانتقاضه) أي ثم يأخذها الشفيع بقيمة الخمران كان مسلما أو كان المأخوذ منه مسلما اه غاية (قوله حتى الوقف الخ) سيأتي أيضا في كلام الشارح عند قوله في باب ما تبطل به الشفعة وبموت الشفيع اه (قوله والمسجد الخ) قال الاتقاني نقلا عن شرح الطحاوي ولو جعلها المشتري مسجدا أو مقبرة تدفن فيها الموتى أو رباطا ثم جاء الشفيع كان له أخذها وابطال كل ما صنع المشتري فيها اه

(قوله وفي الزرع القياس أن يقلع) قال الاتقاني ولو أن المشتري زرع في الارض ثم حضر الشفيع فان المشتري لا يجبر على قلعه بالاجماع ولكنه ينظر الى وقت الادراك ثم يقضي للشفيع اه (قوله في المتن وان فعلهما الشفيع فاستحقت الخ) قال في الهداية ولو أخذها الشفيع فبنى فيها أو غرس ثم استحقت رجع بالثمن لانه تبين انه أخذه بغير حق ولا يرجع بقيمة البناء والغرس لا على البائع ان أخذ منه ولا على المشتري ان أخذها منه وعن أبي يوسف انه يرجع لانه متملك عليه فنزلا منزلة البائع والمشتري والفرق على ما هو المشهور أن المشتري مغرور من جهة البائع ومسلط عليه ولا غرور ولا تسليط في حق الشفيع من المشتري لانه مجبور عليه اه قال الاتقاني قال الكرخي في مختصره واذا اشترى الرجل دارا فأخذها الشفيع بالشفعة فبناها ثم استحقت الدار فان المستحق يأخذ الدار ويقال للشفيع اهدم بناءك ولا يرجع على المشتري بقيمة البناء ان كان أخذ الدار من يده لانه ليس بغرور وهو أدخل نفسه في الاخذ بالشفعة وأجبر من كانت في يده على تسليم ذلك اليه وهذه الرواية المشهورة وهي رواية محمد في الاصول ولم يحك عن أحد من أصحابنا خلافا وروى بشر بن الوليد عن أبي يوسف قال سمعت أبا يوسف سئل عن رجل اشترى دارا وأخذها رجل بالشفعة فاستحقت الدار من يده وقد بنى فيها على من يرجع بقيمة البناء قال على الذي قبض الثمن وكذلك روى الحسن بن زياد عن

عند التساوي وربما لا يوافقه فيحتاج الى قلعه فيلحقه ضرر زائد وفي الزرع القياس أن يقلع الا أنا استحسنا وقلنا لا يقلع لان له نهاية معلومة كيلا يتضرر المشتري بالقلع من غير عوض وليس على الشفيع كبير ضرر بالتأخير لانه يترك باجر قال رحمه الله (وان فعلهما الشفيع فاستحقت رجع بالثمن فقط) معناه أن الشفيع لو أخذ الارض بالشفعة فبنى فيها أو غرس ثم استحقت فكلف المستحق الشفيع بالقلع فقلع البناء والغرس رجع الشفيع على المشتري بالثمن لانه تبين أن المشتري أخذ الثمن من الشفيع بغير حق لان الارض لم تكن في ملكه فيسترد منه الثمن ولا يرجع بقيمة البناء والغرس لا على البائع ان كان أخذها منه ولا على المشتري ان أخذها منه معناه لا يرجع بما نقص بالقلع وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يرجع به لانه متملك عليه فكان كالمشتري ووجه الظاهر وهو الفرق بينه وبين المشتري أن المشتري مغرور من جهة البائع ومسلط عليه من جهته ولا غرور ولا تسليط للشفيع من جهة المشتري لان الشفيع أخذها منه جبرا ونظيره الجارية المأسورة اذا أخذها المالك القديم من مالكها الجديد بقيمتها أو بالثمن فاستولدها ثم استحقت من يده وضمن قيمة الولد رجع عليه بما دفع اليه من القيمة أو الثمن ولا يرجع بقيمة الولد لانه لم يغره بخلاف ما لو كان مشتريا حيث يرجع بها على البائع لانه مغرور من جهته قال رحمه الله (وبكل الثمن ان خربت الدار أو جف الشجر) ومعناه لو اشترى أرضا فيها بناء أو غرس فانهدم البناء من غير صنع أحد يأخذها الشفيع بكل الثمن ولا يسقط من الثمن شئ لانهما تابعان للارض حتى يدخلان في البيع من غير ذكر فلا يقابلهما شئ من الثمن ولهذا بيعهما في هذه الصورة صريحة من غير بيان بخلاف ما اذا تلف بعض الارض بغرق حيث يسقط من الثمن بحصته لان الفائت بعض الاصل هذا اذا انهدم البناء ولم يبق له نقض ولا من الشجر شئ من حطب أو خشب وأما اذا بقي شئ من ذلك وأخذه المشتري لانفصاله من الارض حيث لم يكن تبعا للارض فلا بد من سقوط بعض الثمن بحصة ذلك لانه عين مال قائم بقي محتبسا عند المشتري فيكون له حصة من الثمن فيقسم الثمن على قيمة الدار يوم العقد وعلى قيمة النقض يوم الاخذ قال رحمه الله (وبحصة العرصة ان نقض المشتري البناء) أي أخذ الشفيع العرصة بحصتها من الثمن ان نقض المشتري البناء لانه صار مقصودا بالاتلاف والتبع اذا صار مقصودا به يقابله شئ من الثمن بخلاف الاول لان الهلاك فيه بآفة سماوية فاذا كان له حصة من الثمن يقسم الثمن على قيمة الارض والبناء يوم العقد عليها بخلاف المسئلة الاولى وهو ما اذا انهدم بنفسه وكان النقض باقيا حيث يعتبر فيها قيمة النقض يوم الاخذ بالشفعة لانه صار له قيمة بالحبس ونقض الاجنبي البناء كنقض المشتري قال رحمه الله (والنقض له) أي النقض للمشتري لان الشفيع انما كان يأخذه بطريق التبعية للعرصة وقد زالت بالانفصال قال رحمه الله (وبثمرها ان ابتاع أرضا ونخلا وثمرا أو أثمر في يده) أي بأخذها الشفيع مع ثمرها ان كان المشتري اشترى الارض مع ثمرها بان شرطه في البيع أو أثمر عند المشتري بعد الشراء لان الثمر لا يدخل في البيع الا بالشرط لانه ليس بتبع بخلاف النخل والقياس أن لا يكون له أخذ الثمر لعدم التبعية كالمتاع الموضوع فيها ووجه الاستحسان أنه بالاتصال خلقة صار تبعا من وجه ولانه متولد من المبيع فيسري اليه الحق الثابت في الاصل الحادث قبل الاخذ كالمبيعة اذا ولدت قبل القبض فان المشتري يملك الولد تبعا للام كذا هذا قال رحمه الله (وان جاءه المشتري سقط حصته من الثمن) أي في الفصل الاول وهو ما اذا اشتراها بثمرها بالشرط فكان له فيسقط من الثمن بحصته وان هلك

أبي يوسف أن الشفيع يرجع على المشتري بقيمة البناء الى هنا لفظ الكرخي (قوله حيث يسقط من الثمن بحصته) أي لان الارض ليس بعضها بتبع لبعض فاذا لم يسلم للشفيع سقطت حصتها بكل حال والبناء تبع للارض فاذا سلم للمشتري سقط حصته وان لم يسلم له لم يسقط اه اتقاني ﴿ فرع ﴾ قال الشيخ الامام أبو الحسن الكرخي في مختصره قال بشر بن الوليد وعلي بن الجعد معنا أبو يوسف قال في رجل

اشترى دارا فهدم بناءها فباعه ثم جاء شفيعها فانه يقسم الثمن على قيمة البناء مبنيا وعلى قيمة الارض فما أصاب الارض يأخذها الشفيع بذلك هكذا قال أبو حنيفة وكذلك لو نزع باب من الدار فباعه ولو احترق البناء حتى ذهب أو غرق من غير فعله حتى ذهب فلم يبق منه شئ فان أبا حنيفة قال في ذلك يأخذ الشفيع بجميع الثمن أو يترك فان انهدم البناء فكان على الارض مهدوما فان الثمن يقسم على قيمة البناء مهدوما وعلى قيمة الارض فيأخذ الشفيع بما أصابها ولا سبيل له على البناء اذ ازايل الارض الى هنا لفظ الكرخي في مختصره قال القدوري في شرحه أما وجوب الشفعة في البناء المتصل فلانه في حكم الجزء من العرصة بدلالة دخوله في العقد من غير تسمية وأما اذا هدمه فلا شفعة فيه عندنا وعند أصحاب الشافعي (٣٠٣) من قال يأخذ مع الدار وهذا فاسد لانه منفصل عما تعلقت به الشفعة فلم يكن

بآفة سماوية فكذلك لانه لما دخل بالتسمية صار أصلا فيسقط بحصته من الثمن بفوانه وأما في الفصل الثاني فيأخذ الارض والنخل بجميع الثمن لان الثمر لم يكن موجودا عند العقد فلا يدخل عند الاخذ في المبيع الا تبعا فلا يقابله شئ من الثمن وكان أبو يوسف رحمه الله يقول أولا يحط عنه من الثمن في الفصل الثاني أيضا لان حال المشتري مع الشفيع كحال البائع مع المشتري قبل قبض المبيع ولو أكل البائع الثمر الحادث بعد العقد سقط حصته من الثمن فكذا هنا ثم رجع الى ما ذكر في الكتاب من أنه لا يسقط شئ من الثمن لان الشفيع يأخذ عما قام على المشتري وهو قائم عليه المبيع بدون الثمر بجميع الثمن فيأخذه به وهذا لان الحادث من الثمر بعد القبض لا حصة له من الثمن بخلاف ما اذا كانت موجودة عند العقد لانها تدخل قصدا على ما بينا وبخلاف الحادثة قبل القبض عند البائع لانها حدثت على ملك المشتري ويكون لها حصة من الثمن اذا صارت مقصودة ورود القبض عليها أو بالاستهلاك وليس للشفيع أن يأخذ الثمر بعد الجداد في الفصلين لزوال التبعية بالانفصال قبل الاخذ والله أعلم بالصواب

﴿باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب﴾

قال رحمه الله (انما تجب الشفعة في عقار يملك بعوض هو مال) قوله في عقار يتناول ما يقسم وما لا يقسم وقال الشافعي رحمه الله لا تجب فيما لا يقسم كالبئر والحمام والنهر والطريق وهذا مبني على أن الشفعة تجب لدفع أجرة القسام عنده وعندنا لدفع ضرر سوء العشرة على الدوام فبنى كل على قاعدته والنصوص تشهد لنا لانها مطلقة فتتناول ما يقسم وما لا يقسم واحترز بقوله بعوض عما اذا ملك بالهبة فان الشفعة لا تجب فيها وبقوله هو مال عما اذا ملك بعوض هو غير مال كالمهر والخلع والصلح عن دم العمد والعتق ونحو ذلك فان الشفعة لا تجب في هذه الاشياء على ما نبينه من قريب قال رحمه الله (لا في عرض وفلك) أي لا تجب الشفعة في عرض وسفينة وقال مالك رحمه الله تجب في السفينة لانها تسكن كالعقار ولنا ما روي أنه عليه الصلاة والسلام قال لا شفعة الا في دار ربع أو حائط ولان الاخذ بالشفعة ثبت بالنص على خلاف القياس في العقار فلا يجوز الحاق المنقول به لانه ليس في معنى العقار وهذا لان الشفعة انما شرعت لدفع ضرر سوء الجوار على الدوام وما ينقل ويحول لا يدوم فلا يدوم الضرر فيه كما يدوم في العقار لان المنقول يشترى للبيع عادة ولمصلحة المعاش ثم يخرجه عن ملكه اذا قضى وطره ولا كذلك العقار قال رحمه الله (وبناء ونخل يباعان بلا عرصة) لانهما منقولان فلا تجب فيهما اذا بيعا بلا أرض وان بيعا مع الارض تجب فيهما الشفعة تبعا للارض بخلاف العلو حيث يستحق بالشفعة

(قوله بخلاف العلو) أي عدم وجوب الشفعة في البناء بخلاف العلو فان الشفعة تجب فيه قال الكرخي في مختصره وان بيع سفل عقار دون علوه أو علو دون سفله أو ما وجبت فيه الشفعة بيعا جميعا أو كل واحد منهما على انفراده وقال أبو يوسف ان وجوب الشفعة في

للشفيع أخذه كالثمر وأما اذا هدمه المشتري أو هدمه أجنبي أو انهدم بنفسه ولم يملك فان الشفيع يأخذ الارض بحصتها فان احترق بغير فعل أحد أخذها الشفيع بكل الثمن وللشافعي قولان أحدهما يأخذها بجميع الثمن والآخر انه يأخذها بالحصة في الجميع أما اذا احترق البناء فلان حق الشفيع مع المشتري كحق المشتري مع البائع ومعلوم أن البناء اذا احترق في يد البائع كان المشتري بالخيار ان شاء أخذ بجميع الثمن أو ترك فكذلك هذا ولانه نقص دخل في المبيع بغير فعل آدمي فصار كما لو وهى البناء أو تشقق الحائط وأما اذا هدم المشتري فلا تباع لا حصة لها بالعقد ولها حصة بالقبض ولهذا لو هدم البائع البناء سقطت حصته عن المشتري فكذلك اذا هدمه أجنبي لان العوض يسلم للمشتري فكأنه باعه وكذلك اذا انهدم بنفسه ولهم لان الشفعة سقطت عنه وهو عين قائمة فلا يجوز أن يسلم للمشتري بغير شئ الا أنه قال في ويستحق المشتري اذا هدمه أو هدمه أجنبي ان الثمن يقسم على قيمته قائما لانه يدخل في ضمان المشتري بالاتلاف وهو على هذه الصفة فاما اذا انهدم بنفسه فلم يدخل في ضمان أحد هما فاعتبر قيمته على حاله مهدوما اه اتقاني (قوله وأما في الفصل الثاني) أي وهو ما اذا أثمر في يده اه

﴿باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب﴾

السفل والعلو استحسان روى ذلك عنه ابن سماعة وبشر بن الوليد وعلى بن الجعد الى هنا لفظ الكرخى رحمه الله قال القدورى فى شرحه أما اذا بيعا جميعا فلا شفعة فيه لانه باع العرصة بحقوقها فتتعلق الشفعة بجميع ذلك وأما اذا باع السفل دون العلو فلقوله عليه الصلاة والسلام لا شفعة الا فى ربع ولان التأذى يخاف فيها على وجه الدوام وأما العلو فلانه حق متعلق بالبقعة على التأبيد وهو كنفس البقعة والذى قاله أبو يوسف من الاستحسان انما هو العلو اذ كان القياس أن لا تجب فيه الشفعة لانه لا يبقى على وجه الدوام وانما استحسنوا الان حق الوضع متأبد فهو كالعرصة اه اتقانى وكتب ما نصه قال الكرخى فى مختصره (٣٠٣) ولو أن رجلا له علو فى دار وطريقه فى دار أخرى الى جنبها فباع صاحب العلو علوه فأصحاب الدار الذى فيه الطريق أولى بالشفعة الى هنا لفظ الكرخى وذلك أنهم شركاء فى الطريق وصاحب الدار التى فيها العلو جار والشريك فى الطريق أولى من الجار وترك صاحب الطريق الشفعة والجار ملاصق أخذه بالشفعة مع صاحب السفل لان كل واحد منهما جار العلو والتساوى فى الجوار يوجب التساوى فى الشفعة كذا ذكر القدورى اه اتقانى (قوله ولو تزوج بها بغير مهر الخ) قال فى شرح الكافى وكذلك لو تزوج امرأة بغير مهر ثم فرض لها دارا مهرا أو صالحها على أن جعلها لها مهرا أو أعطاها اياها مهرا لم يكن فيها شفعة لان فى هذه الوجوه كلها تكون الدار عوضا اذا الصلح والعوض يكون تقدير المهر المثل اه اتقانى (قوله ألا ترى أن المضارب اذا باع دارا) أى من المضاربة ورب المال شفيعها اه اتقانى وكتب ما نصه ولو باع المضارب دارا من غير المضاربة كان لرب المال أن يأخذها بالشفعة بدارله من المضاربة وتكون له خاصة لانه جار بدار المضاربة ولو باع رب المال دارا له خاصة والمضارب شفيعها بدار المضاربة فان كان فيها ربح فله أن يأخذها لنفسه لانه جار بقدر نصيبه وان لم يكن فيها ربح لم يأخذها لانه ليس بجار اه غاية (قوله لكونه تابعا) وليس فى مقابلة رأس المال شفعة لان المضارب وكيل رب المال فى البيع وكل من باع له لا تجب له الشفعة فكذا لا تجب فى التبع اه (قوله فيه) أى فى رأس المال اه (قوله فى المتن أو بيعت بخيار البائع) انظر فى كلام الشارح فيما سيأتى قبيل قوله أو تمن الدرك عن البائع اه

ويستحق به السفل على أنه جار وهو ذلك اذا لم يكن طريقه طريق السفل وان كان طريقهما واحدا يستحق بالطريق الشفعة على أنه خليط فى الحقوق وهو الطريق لان حق التعلى يبقى على الدوام وهو غير منقول فتستحق به الشفعة كالعقار ولا كذلك البناء والنخل فلا تستحق بهما الشفعة قال رحمه الله (ودار جعلت مهرا أو أجرة أو بدل خلع أو بدل صلح عن دم عمد أو عوض عتق أو وهبت بلا عوض مشروط) لان الشرع لم يشرع التملك بالشفعة الا عما تملك به المشترى صورة ومعنى أو معنى بلا صورة ولا يمكن ذلك اذا تملك العقار بهذه الاشياء لانها ليست بأموال ولا مثل لها حتى يأخذه الشفيع بمثلها فلا يمكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك بما تملك به المشترى فلم يكن مشروعا وعند الشافعى رحمه الله تجب فيها الشفعة لان هذه الاعواض مقومة عنده فيؤخذ بقيمتها عند تعذر الاخذ بمثلها كما فى البيع بعوض ألا ترى أنها مضمونة بها شرعا والضمان يكون بالقيمة فهذا يدل على أنه جعل قيمة لها بخلاف الهبة بلا عوض لتعذر الاخذ بلا عوض اذ هو غير مشروع وقوله يتأتى فيما اذا وقعت هذه الاشياء فى جزء شائع من العقار من أحد الشريكين لانه لا شفعة عنده الا للشركاء ولنا أن المستحق بهذه العقود ليست بمال ولا هى مثل المال لا صورة ولا معنى فلم يصلح المال قيمة لها لان قيمة الشئ ما يقوم مقامه لاتحادهما فى المقصود ولا اتحاد فى المقصود بين المال وبين هذه الاشياء فلا تكون قيمة لها غير أن الشارع جعلها مضمونة بالمال لما غلطرها أو للضرورة فلا تتعدى موضعها الا ان ما ثبت للضرورة يقتصر عليها ولا ضرورة فى حق ثبوت الشفعة فلا تكون متقومة فى حقه فيكون المأخوذ بمقابلتها بمنزلة الموهوب بلا عوض ولان الشفيع يتملك بما تملك به المشترى من السبب لا بسبب آخر وهنا لو أخذه كان بأخذه بسبب آخر غير الاول لان الاول نكاح أو اجارة أو غير ذلك وليس ببيع أصلا ولو أخذه لكان بعقد فيه انشاء تصرف غير الاول والاخذ بالشفعة لم يشرع الا بالسبب الاول ولهذا تحول الصفقة اليه قبل القبض وفى هذه العقود لا يمكن ذلك فلا تكون الشفعة فيها مشروعة لانه ليس بمورد النص ولا هو فى معناه فيمتنع الالحاق ولو تزوج بها بغير مهر ثم فرض لها عقارا مهر المثل لم تكن فيها الشفعة لانه تعيين لمهر المثل وهو مقابل بالبضع بخلاف ما لو باعها العقار بمهر مثلها أو بالمسمى عند العقد أو بعده حيث تثبت فيه الشفعة لانه مبادلة مال بمال لان ما أعطاها من العقار بدل عما فى ذمته من المهر ولو تزوجها على دار على أن ترد عليه ألف درهم فلا شفعة فى جميع الدار عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا تجب فى حصة الالف لانه مبادلة مالية فى حقه وهو بقول معنى البيع فيه تابع ولهذا ينعقد بلفظ النكاح ولا يفسد بشرط النكاح فيه ولا شفعة فى الاصل فكذا فى التبع ولان الشفعة شرعت فى المبادلة المالية المقصودة دون التبع ألا ترى أن المضارب اذا باع دارا وفيها ربح لا يستحق رب المال الشفعة فى حصة الربح لكونه تابعا فيه قال رحمه الله (أو بيعت بخيار البائع) لان خياره يمنع خروج المبيع عن ملكه وبقاء ملكه يمنع وجوب الشفعة لان شرط وجوبه أن يخرج عن ملكه فان أسقط الخيار

(قوله وجبت الشفعة) قال الاتقاني وأما الخيار المشروط للمشتري فلا يمنع من ثبوت الشفعة لان المبيع خرج من ملك البائع بالاتفاق وانما اختلف أصحابنا هل دخل في ملك المشتري أو لم يدخل والشفعة انما تجب برغبة البائع عن ملكه بدلالة أنه لو ادعى أنه باع داره من زيد فجحد زيد وجبت الشفعة لاجل اعترافه بخروج الشيء عن ملكه وان لم يحكم بدخوله في ملك المشتري اه وكتب ما نصه قال الاتقاني وأما خيار الرؤية والعيب فلا يمنع الشفعة لانه لا يمنع من خروج المبيع من ملك البائع وهذا المعنى هو سبب الشفعة كذا ذكر القدوري في شرحه لمختصر الكرخي (٣٠٤) وقال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي ولو كان البيع بشرط الخيار لهما جميعا

وجبت الشفعة فيه لوجود السبب وزوال المانع ثم في الاصح يشترط الاشهاد عند سقوط الخيارلان البيع انما صار سببا لافادة الحكم في ذلك الوقت ووجوب الشفعة يبتني على انقطاع حق المالك بالبيع وهو ينقطع به عنده وان اشترى بشرط الخيار وجبت الشفعة أما عندهما فظاهر لان المشتري علكها وأما عنده فلخروجه عن ملك البائع ووجوب الشفعة يبتني عليه ألا ترى أن البائع اذا أقر بالبيع وأنكر المشتري تجب الشفعة ثم ان أخذها الشفيع في الثلاث لزم البيع لعجز المشتري عن الرد ولا خيار للشفيع لان خيار الشرط لا يثبت الا بالشرط واسمه ينبئ عنه والشرط كان للمشتري دون الشفيع واذا بيعت دار بجنبها والخيار لاحدهما كان له الاخذ بالشفعة لان البائع لم يخرج المبيع عن ملكه ان كان الخيار له فله أن يأخذها بالشفعة ويسقط خياره وينفسخ البيع لان الاخذ بالشفعة نقض منه للبيع لانه أراد بذلك الاستيفاء اذ لا تجب الشفعة الا لدفع ضرر على الدوام وكذلك المشتري عندهما ان كان الخيار له لان المبيع دخل في ملكه عندهما لانه يصير بالاخذ مختارا للبيع فيصير اجازة فيلزم ويملك به المبيع ولانه صار أحق بالمبيع من غيره وذلك يكفي لاستحقاق الشفعة كالمأذون له والمكاتب اذا بيعت دار بجنب دارهما وكذا اذا اشترى دارا ولم يرها فبيعت دار بجنبها قبل أن يرى الأولى كان له أن يأخذها بالشفعة لان ملكه في التي يشفع بها ثابت فيستحق به الشفعة كما يستحق فيما اذا اشترى مع خيار الشرط أو باع لكنه هنا اذا أخذ المشفوعة لا يسقط خياره لان خيار الرؤية لا يبطل بصريح الابطال فبدلالته أولى ثم اذا حضر شفيع الدار الأولى وهي التي اشتراها المشتري كان له أن يأخذها بالشفعة لانه هو أولى بها من المشتري لما عرف أن الشفيع أولى من المشتري وليس له أن يأخذ الثانية وهي التي أخذها المشتري بالشفعة اذا لم تكن متصلة بملكه لانعدام سبب الشفعة في حقها واتصالها بالمشفوعة لا يفيده لعدم ملكه فيها وقت بيع الاخرى وان كانت متصلة بملكه كان له أن يشاركه فيها بالشفعة لوجود السبب وهذا لا يختص بالشراء بخيار شرط أو رؤية بل كل من اشترى دارا وبيعت دار بجنبها كان له هو أن يأخذها بالشفعة ثم اذا جاء شفيع الأولى بعد ما أخذ المشتري الثانية بالشفعة كان لهذا الذي جاء أن يأخذ الأولى بالشفعة وليس له أن يأخذ الثانية بالشفعة الا اذا كانت متصلة بملكه على ما بينا قال رحمه الله (أو بيعت فاسدا ما لم يسقط حق الفسخ بالبناء) أي لا شفعة في دار بيعت بيعا فاسدا حتى يسقط حق الفسخ بشيء يسقطه كالبناء لان البيع الفاسد قبل القبض لا يفيد الملك للمشتري فيكون ملك البائع باقيا على حاله فلا يثبت للشفيع فيه حق مع بقاء ملكه وبعد القبض وان كان يفيده لكن حق البائع باق فيها ألا ترى أنه واجب الرفع لدفع الفساد ولهذا يحرم على المشتري التصرف فيها وفي اثبات الحق له تقريره فلا يجوز لانه لو جاز لتحول ذلك الفساد بعينه الى الشفيع بخلاف الدار المشتراة بخيار الشرط للمشتري حيث يأخذها الشفيع نظرا وجها عن ملك البائع ولم يتعلق له فيها حق ولهذا جاز للمشتري التصرف فيها بخلاف المشتري في البيع الفاسد ثم اذا سقط حق الفسخ زال المانع من وجوب الشفعة

فان شفعة فيها لان الاجل خيار البائع ولو شرط البائع الخيار للشفيع فلا شفعة له فيها لانه لما شرط الخيار للشفيع صار كأنه شرط الخيار لنفسه فان أجاز الشفيع البيع جاز وبطلت شفعته لان البيع من جهة الشفيع قد تم وصار كأنه باع وان فسخ فلا شفعة له أيضا لان ملك البائع لم يزل ولكن الحيلة له في ذلك أن لا يجيز ولا يفسخ حتى يجيز البائع البيع أو يجوز بعض المدة فحينئذ له الشفعة وكذلك لو باع داره على أن يضمن له الشفيع الثمن عن المشتري والشفيع حاضر فضمن جاز البيع ولا شفعة له لان البيع من جهة الشفيع قد تم ولا شفعة له وكذلك لو اشترى المشتري الدار على أن يضمن له الشفيع الدرك عن البائع والشفيع حاضر فضمن جاز البيع ولا شفعة له لان الملك قد تم بضمانه فلا شفعة لانه نزل منزلة البائع ولو أن المشتري اشترى دارا وشرط الخيار للشفيع ثلاثة أيام كان للشفيع الشفعة لان اشتراط الخيار له كاشتراطه للمشتري وذلك لا يمنع وجوب الشفعة اه (قوله ثم ان أخذها الشفيع في الثلاث) أي في مدة الخيار التي هي الثلاث وقيد بالثلاث لتكون المسئلة بالاتفاق اه اتقاني (قوله لا يبطل بصريح الابطال) يعني لو قال أبطلت خيار الرؤية لا يبطل قبل وجود الرؤية لان ثبوته موقوف على وجود الرؤية اه اتقاني (قوله اذا لم تكن متصلة بملكه) أي ملكا له آخر غير هذه الدار التي أخذها بالشفعة اه (قوله وفي اثبات الحق له) أي للشفيع اه (قوله ثم اذا سقط حق الفسخ الخ) قال الكرخي فان سقط حق البائع في النقض كان للشفيع أن يأخذ ما ملك بقيمته يوم القبض وذلك لان البيع الفاسد عند نا يملك المبيع فيه

بالقبض وانما لم تجب الشفعة اثبوت حق الفسخ فاذا سقط الفسخ إما بالاتصال المبيع بزيادة أو لزوال ملك المشترى فقد زال المعنى المانع من وجوب الشفعة فوجبت الشفعة كالبيع المشروط فيه الخيار للبائع اذا سقط خياره وانما وجبت الشفعة بالقيمة لان البيع الفاسد لا يجب فيه المسمى وانما يملك بالقيمة والشفعة تجب بمثل العوض الذى لزم المشترى اه اتقانى (قوله لان شرط وجوب الشفعة الخ) قال الاتقانى رحمه الله نقلا عن شرح الكافى لشيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى رحمه الله واذا اشترى دارا شراء فاسدا فقبضها وبناها فان للبائع قيمتها فاذا جاء الشفيع أخذها بالشفعة فى قياس قول أبى حنيفة ويهدم المشترى بناءه وقال أبو يوسف ومحمد يرد الدار على البائع ويهدم المشترى بناءه ولا شفعة فيها أصل المسئلة أن المشترى شراء فاسدا اذا بنى فى الدار بناء ينقطع حق الاسترداد عند أبى حنيفة وحتى انقطع لزم البيع فيظهر للشفيع الشفعة لان المانع من ثبوت حق الشفعة قيام حق الاسترداد للبائع وقد بطل وعندهما لا ينقطع حق الاسترداد فلا يثبت للشفيع حق الشفعة فيكون للشفيع أن يأمر المشترى بهدم (٣٥٥) البناء لانه لو بناه فى البيع الصحيح يكون

فتجب وهو المراد بقوله مما لم يسقط حق الفسخ بالبناء أى بناء المشترى فيها لان حق البائع ينقطع به عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما لا ينقطع به فلا تجب فيها الشفعة وتخصيصه بالبناء لا فائدة فيه لان شرط وجوب الشفعة أن ينقطع حق البائع ولا يختص ذلك بالبناء بل ينقطع حق البائع باخراج المشترى المبيع بالبيع أو غيره على ما عرف فى البيع الفاسد فان أخرجه عن ملكه بالبيع كان للشفيع أن يأخذها بأى البيعين شاء لانقطاع حق البائع فان أخذه بالبيع الثانى أخذه بالثمن لان البيع الثانى صحيح والواجب فيه الثمن فيأخذه به وان أخذها بالبيع الاول أخذها بقيمتها لان الواجب فيه القيمة ولا يعود حق البائع بنقض البيع الثانى ليأخذها الشفيع لان البيع الثانى كان صحيحا مفيدا الملك وانما فسخ لحق الشفيع ولو عاد حق البائع لبطل حق الشفيع ومن المحال أن يبطل حقه بالفسخ لاجله لان ما يكون من مقتضيات حق شخص لا يثبت على وجه يبطل حقه وكذا ان أخرجه عن ملكه بغير البيع كالهبة أو جعله مهرا أو غير ذلك بنقض تصرفه وأخذه بقيمته لما ذكرنا وان بعت دارا بجنبها قبل القبض فللبائع الشفعة فى المبيعة لبقاء ملكه فيها وان سلمها الى المشترى فهو شفيعها الان الملك له ولا يؤدى أخذها الى تقرير الفساد لان الفسخ ممكن بعد الاخذ بالشفعة ولا فساد فى المأخوذة بخلاف المشترى شراء فاسدا لان أخذها بالشفعة يؤدى الى تقرير الفساد على ما بينا ثم ان سلم البائع المبيع الى المشترى قبل الاخذ بالشفعة بطلت شفعته كما اذا باعها قبل الاخذ بالشفعة وان سلمها بعد الحكم له بها لا تبطل لان ملكه فى المشفوعة قد تقرر بالحكم فلا يبطل باخراج الأولى عن ملكه وانما يستحق المشترى الدار المبيعة بجنبها بالشفعة اذا كان بيعها بعد قبضه لا قبله لان الشفعة انما تستحق بالملك ولا ملك له قبله وان بعت بعد القبض فاستردها البائع منه قبل أن يقضى له بالشفعة بطلت شفعته لخروجها عن ملكه قبل الاخذ فصار كما اذا باعها قبله وان استردها بعد الحكم لها بها ثبت على ملكه لما ذكرنا قال رحمه الله (أو قسمت بين الشركاء) أى لو قسمت الدار بين الشركاء لا تجب الشفعة لجارهم بالقسمة بينهم لان القسمة فيها معنى الافراز ولهذا يجرى فيها الجبر والشفعة لم تشرع الا فى المبادلة المطلقة وهى المبادلة من كل وجه قال رحمه الله (أو سلمت شفعته ثم ردت بخيار رؤية أو شرط أو عيب بقضاء) أى اذا سلم الشفيع الشفعة ثم ردت الى البائع بخيار رؤية

له حق النقض فاذا بناه فى البيع الفاسد أولى اه (قوله نقض) أى الشفيع اه (قوله قبل القبض) أى قبل أن يقبضها المشترى اه (قوله وان سلمها الى المشترى) قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى رحمه الله فى شرح الكافى فان كان المشترى قد قبضها فبيعت دار بجنبها فللمشترى أن يأخذها بالشفعة لانه قد ملك الدار بالقبض فصار جارا عند وقوع البيع فاذا قضى القاضى له بالشفعة ثم ردت الدار لفساد البيع لم تبطل الشفعة لان القضاء قد صح فلا يبطل بزوال الملك فى داره لان بقاء الجوار ليس بشرط لبقاء الاستحقاق وان لم يأخذها حتى ردت الدار بطلت شفعته لان قيام

الجوار عند القضاء بالاستحقاق شرط ولم يوجد ولا شفعة للبائع أيضا فيها لان جواره حادث بعد البيع اه اتقانى (قوله لما ذكرنا) أى وهو أن بقاءه ملكه فى التى يشفع بها بعد الحكم ليس بشرط كذا فى الهداية وأما ما ذكره الشارح فهو قوله لان ملكه فى المشفوعة قد تقرر بالحكم الخ اه من خط قارئ الهداية رحمه الله (قوله لان القسمة فيها معنى الافراز) أى وهو تمييز الحقوق وتعديل الانصباء اه اتقانى (قوله ولهذا يجرى فيها الجبر) أى وفيها معنى المبادلة أيضا اه اتقانى (قوله ثم ردت الى البائع بخيار رؤية) لم تجد شفعة الشفيع لان هذا فسخ يثبت شاء البائع أو أبى فلا يثبت له شبه بالعقد بخلاف الاقالة اه اتقانى وكتب ما نصه قال أبو الحسن الكرخى اذا اشترى رجل من رجل دارا فسلم الشفيع الشفعة ثم رد المشترى الدار بخيار رؤية أو بخيار شرط قبل قبض الدار أو بعد ذلك فأراد الشفيع أن يأخذ الدار بالرد بالشفعة فليس له ذلك وان ردها بعيب قبل القبض بقضاء أو بغير قضاء أخذها بهذا الرد وان كان بقضاء فلا شفعة له فى الرد وجملة هذا ما ذكره القدورى فى شرحه أن الشفيع اذا سلم الشفعة ثم عاد المبيع الى البائع على حكم الملك الاول فلا شفعة له بالعود لانه أسقط شفعته عن ذلك ولا يعود الا بعود سبب آخر وكل موضع عاد الى البائع بحكم ملك مبتدا كان للشفيع الشفعة كما لو اشتراها

والرد بخيار الرؤية والشرط يوجب عود الملك الاول وكذلك الرد بالعيب قبل القبض لانه فسخ من الاصل وأما الرد بالعيب بعد القبض فيختلف فيه القضاء وغير القضاء فان كان بقضاء قاض فلا شفعة فيه لانه انفسخ العقد من أصله وعاد على حكم الملك الاول وان رد بغير قضاء ففيه الشفعة لان الشئ عاد عليه بقوله ورضاه فصار كما لو باعه ابتداء فتعلقت به الشفعة اه اتقاني (قوله كيفما كان) أي قبل القضاء أو بعده اه قارئ الهداية (قوله وفي الجامع الصغير الخ) قال الاتقاني رحمه الله وانما ذكر مسئلة الجامع الصغير لان في قوله ولا خيار رؤية اختلاف الروايتين ففي كل منهما فائدة يروى بكسر الراء عطفا على القسمة أي لا شفعة في الرد بخيار الرؤية كما لا شفعة في القسمة ويروى بفتح الراء وضمها عطفا على الشفعة وعلى الحمل أما رواية الكسر فظاهر حيث لا تثبت الشفعة في خيار الرؤية لانه فسخ من الاصل والرواية الاخرى أنبأنا الفقيه أبو الليث السمرقندي في شرح الجامع الصغير فقال معناه لا شفعة في قسمة ولا خيار رؤية في القسمة أيضا وانما لم يجب في القسمة خيار الرؤية لانه (٣٥٦) لا فائدة في رده لانه لو رده كان له أن يطلب القسمة من ساعته فلا يكون في الرد فائدة وأنكر هذه الرواية نفر

أو شرط كيفما كان أو بعيب بقضاء قاض لا تجب الشفعة فيها لانه فسخ من كل وجه فلا يمكن أن يجعل عقدا جديدا فعادا الى قديم ملك البائع والشفعة تجب في الانشاء لا في الاستمرار والبقاء على ما كان ولا فرق في ذلك بين أن يكون الفسخ قبل القبض أو بعده وفي الجامع الصغير ولا شفعة في قسمة ولا خيار رؤية بالجر معناه لا شفعة بسبب الرد بخيار الرؤية ولا نص الرواية بالنصب عطفا على الشفعة لان معناه يصير على هذا التقدير أن خيار الرؤية لا يثبت في القسمة فيفسد المعنى لان المذكور في كتاب القسمة أن خيار الرؤية وخيار الشرط يثبتان في القسمة لان ثبوتهما لخلل في الرضا في العقود التي لا تعقد لازمة الا بالرضا والقسمة منها لما بينا من معنى المبادلة والمبادلة أغلب في غير المكيل والموزون فيجوز فيها خيار الرؤية ولا يجوز في المكيل والموزون لان معنى الافراز فيهما هو الغالب ولهذا كان لكل واحد من الشريكين أن يأخذ نصيبه من غير اذن صاحبه ولا فائدة فيه لانه باعادة القسمة يأخذ نصيبه أو مثله بلا تفاوت بخلاف غيرهما من العقار والعروض لانه اذا أصابه غيرما أصابه في الاول قد يحصل غرضه لان المساواة فيها عند القسمة تثبت بضرب من الاجتهاد فيحتمل أن يقع في قلبه أن نصيب غيره أحسن فتفيد الاعادة وقال في الكافي وصحح شمس الائمة السرخسي رحمه الله الرواية بالنصب وقال لا يثبت خيار الرؤية في القسمة سواء كانت القسمة بقضاء أو برضا وبه قال المشايخ رحمهم الله قال رحمه الله (وتجب لو ردت بلا قضاء أو تقايلا) أي تجب الشفعة ان ردها المشتري بعيب بغير قضاء القاضي أو تقايلا البيع وقال زفر رحمه الله لا تجب لان شفعته قد بطلت بالتسليم والرد بالعيب بغير قضاء اقالة والاقالة فسخ لقصدهما ذلك والعبرة لقصد المتعاقدين قلنا الاقالة مثبتة للملك بتراضيهما كالبيع غير أنهما قصدا الفسخ فيصح فيما لا يتضمن ابطال حق الغير لان لهما ولاية على أنفسهما فيكون فسخا في حقهما ولا ولاية لهما على غيرهما فيكون بيعا جديدا في حق الشفيع لوجود حد البيع فيهما وهو مبادلة المال بالمال بتراضيهما فيجدد له بها حق الشفعة وقال صاحب الهداية ومراده الرد بالعيب بعد القبض لان قبله فسخ من الاصل وان كان بغير قضاء وانما يستقيم هذا على قول محمد رحمه الله لان بيع العقار عنده قبل القبض لا يجوز كما في المنقول فلا يمكنه حمله على البيع وأما عندهما فيجوز بيعه قبل القبض فما المانع له من حمله على البيع

الاسلام البزدوي ومن تبعه كالصدر الشهيد وصاحب الهداية فقال فخر الاسلام محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة قال لا شفعة في قسمة ولا خيار رؤية أما الشفعة في القسمة فلان القسمة ليست ببيع محض بل فيه معنى الافراز الا ترى أن الممتنع عنها يجبر عليها ولا خلاف أن في القسمة معنى الافراز والشفعة انما شرعت في البيع فلا يصح اثباتها في الذي يخالفه كالهبة في معاوضة مال بغير مال وأما قوله ولا خيار رؤية فان كانت الرواية بكسر الراء فان معناه لا شفعة في الرد بخيار الرؤية وان كانت الرواية بفتح الراء فان معناه أن لا يثبت خيار الرؤية في القسمة وذلك غير صحيح بل الصحيح المنصوص في كتاب القسمة أن يثبت خيار الرؤية في القسمة وخيار الشرط يثبت في ذلك بلا اشكال كل ذلك في كتاب القسمة وحمل فخر الدين قاضيخان في شرح الجامع الصغير رواية الفتح على ما اذا كانت التركة مكيلا أو موزونا من جنس واحد فاقتسموا لا يثبت خيار الرؤية لانه لو رد القسمة بخيار الرؤية يحتاج الى القسمة مرة أخرى فيقع في نصيبه عين ما وقع في المرة الاولى أو مثله فلا يفيده خيار الرؤية أما لو كانت عقارا أو شيأ آخر يفيد خيار الرؤية لانه لو رد بخيار الرؤية فاذا اقتسموا ثانيا ربما يقع في نصيبه الطرف الذي يوافقه فيكون مفيدا اه مع حذف وكتب ما نصه خيار الرؤية والشرط هل يثبتان في القسمة ردها بعيب قبل القبض بغير قضاء ردها بعيب بعد القبض بلا قضاء تجب الشفعة ردها بعيب بعد القبض بقضاء لا تجب الشفعة لانه فسخ (قوله وبه قال المشايخ) في الكافي وبه أخذ بعض المشايخ اه (قوله ان ردها المشتري بعيب) أي بعد القبض اه (قوله وصراده) أي مراد القدوري اه (قوله وأما عندهما فيجوز بيعه الخ) الرد بالعيب قبل القبض فسخ من الاصل في حق الكل حتى كان له أن يرده على بائعه وان كان بغير قضاء وصار بمنزلة خيار الشرط والرؤية

(قوله في المتن وبالصلح عن الشفعة على عوض) راجع الفصل الذي في كتاب الصلح اه (قوله ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط) قال في الهداية ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد أولى اه أي لا يتعلق اسقاط حق الشفعة بالجائز من الشرط وهو ما ليس فيه ذكر مال فبالفاسد من الشرط أولى أن لا يتعلق وهو ما فيه ذكر مال ولنا فيه (٢٥٧) نظر لان اسقاط حق الشفعة يتعلق بالجائز من الشرط ألا ترى الى ما قال محمد في الجامع الكبير لو قال الشفيع سلمت شفعة هذه الدار ان كنت اشتريتها لنفسك وقد اشتراها لغيره أو قال للبائع سلمتها لك ان كنت بعتها لنفسك وقد باعها لغيره ليس بتسليم وذلك لان الشفيع علق التسليم بشرط وصح هذا التعليق لان تسليم الشفعة اسقاط محض كالطلاق والعتاق ولهذا لا يرتد بالرد وما كان اسقاطا محضا صح تعليقه بالشرط وما صح تعليقه بالشرط لا ينزل الا بعد وجود الشرط ولم يوجد الشرط فلا ينزل التسليم كذا ذكر الشيخ أبو المعين في شرح الجامع الكبير اه اتقاني (قوله والكفالة بالنفس الخ) قال الاتقاني وقد اختلفت الرواية في الكفالة بالنفس اذا أسقطها بعوض فقال في احدى الروايتين الكفالة باطلة والعوض باطل وسوى بينها وبين الشفعة لان اسقاط الحق فيها لا يقف على عوض فبطلان العوض من طريق الحكم لا يمنع من بطلانها وقال في الرواية الاخرى

البيع وهذا لان الرد بالعيب بغير قضاء اقالة والاقالة بيع عند أبي يوسف رحمه الله مطلقا ما لم يتعذر جعله بيعا وعند أبي حنيفة رحمه الله وان كان فسخا في حقهما لكنه بيع جديد في حق غيرهما فأمكن جعله بيعا في حق الشفيع فلا يفترق الحال بين أن يكون بعد القبض أو قبله والله أعلم بالصواب

﴿باب ما تبطل به الشفعة﴾

قال رحمه الله (وتبطل بترك المواثبة أو التقرير) أي تبطل الشفعة بترك طلب المواثبة أو طلب التقرير حين علم مع القدرة عليه بان لم يسد أحدهما أو لم يكن في الصلاة لانها تبطل بالاعراض وترك الطلبين أو أحدهما مع القدرة عليه دليل الاعراض على ما بينا من قبل قال رحمه الله (وبالصلح عن الشفعة على عوض وعليه رده) أي تبطل الشفعة اذا صالح المشتري الشفيع على عوض وعلى الشفيع رد العوض لان حق الشفعة ليس بمتقرر في المحل وانما هو مجرد حق التملك فلا يجوز أخذ العوض عنه ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط كما اذا قال الشفيع أسقطت شفعتي فيما اشتريت على أن تسقط شفعتك فيما اشتريت أو على أن لا تطلب الثمن مني لكونه ملأ عما حتى لو تراضيا سقط حق كل واحد منهما ومع هذا لا يتعلق اسقاط الشفعة بهذا الشرط بل يسقط بمجرد قوله أسقطت بدون تحقق الشرط فلأن لا يتعلق بشرطه الفاسد وهو شرط الاعتياض عن حق ليس بمال بل هو رشوة محض أولى فيصح الاسقاط ويبطل الشرط وكذا لو باعه شفعته بمال لما بينا ولان البيع تمليك مال بمال وحق الشفعة لا يحتمل التمليك فكان عبارة عن الاسقاط فقط مجازا كبيع الزوج زوجته من نفسها بخلاف الاعتياض عن القصاص وملك النكاح واسقاط الرق لان ملكه في هذه الاشياء متقرر في المحل ولهذا يستوفيه وينفرد به ألا ترى أن للولي أن يقتله قصاصا بغير قضاء ولا رضا فعلم أن حقه ثابت في المحل في حق القتل ولولا ذلك لما تمكن من القتل بغير قضاء ولا رضا ونظير ما نحن فيه ما اذا قال للخيرة اختاري بألف أو قال العنين لامرأته اختاري ترك الفسخ بألف فاختارت سقط الخيار ولا يثبت العوض والكفالة بالنفس في هذا عنزلة الشفعة في رواية وفي رواية أخرى لا تبطل الكفالة ولا يجب المال وقيل في الشفعة كذلك حتى لا يجب المال ولا تبطل الشفعة وقيل هذه الرواية في الكفالة خاصة ووجه الفرق بينهما على هذه الرواية أن الشفعة تبطل بالاعراض دون الكفالة والاصح أن الكفالة والشفعة يسقطان ولا يجب المال هذا اذا كان بعد البيع وأما قبل البيع فلا يسقط به لان اسقاط الحق قبل وجوبه لا يصح وبعده يسقط بالاسقاط علم بالسقوط أو لم يعلم لانه لا يعذر بالجهل بالاحكام في دار الاسلام ولا يرتد بالرد لانه مجرد حق ولو صالح على أخذ نصف الدار بنصف الثمن يجوز ولو صالح على أخذ بيت بحصته من الثمن لا يجوز الصلح ولا تسقط شفعته لانه لم يوجد منه الاعراض غير أن الثمن مجهول لان حصته من الثمن غير معلومة عند الاخذ ومثل هذه الجهالة تمنع صحة البيع ابتداء والاخذ بالشفعة بيع من الشفيع قال رحمه الله (وبموت الشفيع لا المشتري) أي بموت الشفيع قبل الاخذ بعد الطلب أو قبل تبطل الشفعة ولا تورث عنه ولا تبطل بموت المشتري وقال الشافعي لا تبطل بموت الشفيع أيضا لان هذا حق معتبر في الشرع

لا تسقط وذلك لانها حق أقوى من الشفعة بدلالة أنها لا تبطل بالسكوت والاعراض ما لم يرض باسقاطها فاذا لم يسلم العوض لم تسقط اه (قوله وقال الشافعي لا تبطل بموت الشفيع أيضا) أي وتنتقل الشفعة الى ورثته والخلاف فيما اذا مات الشفيع قبل القضاء بالشفعة له فاذا مات بعد القضاء قبل نقد الثمن وقبض المبيع فالبيع لازم لورثته بالاتفاق قال الامام الاسبيجابي رحمه الله في شرح الطحاوي صورته أن دارا بيعت ولا شفيع وطلب الشفعة فاثبتها بالطلبين ثم مات قبل الاخذ بالقضاء أو بتسليم المشتري اليه

فأراد ورثته أخذها فليس لهم ذلك ولو كان الشفيع سلمها بالقضاء أو بتسليم المشترى اليه ثم مات فكون ميراثا لورثته اه اتقانى (قوله وكذا لو باعها القاضى بعد موته أو باعها وصيه كان له نقضه) قال الاتقانى فاذا باع القاضى أو الوصى فدين المشترى فللشفيع أن يبطل البيع لان هذا التصرف تضمن ابطال حق الغير فيفسخ وكذلك لو أوصى المشترى فيه بوصية كان للشفيع نقضها وأخذها اه (قوله وكذا الابراء الغريم) أى صحيح وان لم يعلم من له الدين اه (قوله لان كل ذلك اسقاط الخ) قال فى شرح الكافى رجل باع دارا ورضى الشفيع ثم جاء يدعى أنه لم يعلم انه حدها الى موضع كذا أو ظن انها أقرب أو أبعد ويدعى شفعته حين علم قال لا شفعة له لان صحة التسليم لا تقف على كون الدار معلومة كصحة الابراء فى الدين لا تتوقف على العلم بمقدارها ففى صح التسليم كان هذا دعوى بعد التسليم فلا يسمع اه اتقانى (٢٠٨) (قوله فى المتن ولا شفعة لمن باع أو بيع له) قال فى الهداية وكيل البائع اذا باع وهو الشفيع فلا شفعة له ووكيل المشترى اذا ابتاع فله الشفعة اه (قوله والاصل فيه الخ) هكذا قال صاحب الهداية قال الاتقانى قال فى شرح الطحاوى وبيان ذلك أن صاحب الدار لو وكل شفيع الدار ببيعها فباعها فلا شفعة له لانه هو الذى باع ولو أن مضاربا لرجل باع دارا من المضاربة ورب المال شفيعها بدار أخرى فلا شفعة له لانه بيع له وان كان لا يملك نهيه عن البيع وان كان المشترى وكل شفيع الدار بشرائها فاشتراها له فله الشفعة ألا ترى أنه لو اشترى دارا لنفسه وهو الشفيع كان له الشفعة حتى لو جاء شفيع مثله أخذ نصف الدار منه ولو جاء شفيع دونه فلا شفعة له وكذلك لو اشترى المضارب بمال المضاربة دارا ورب المال شفيعها كان له أن يأخذها بالشفعة لانه اشترى له ومن اشترى أو اشترى له فلا تبطل شفعته وقال فى الجامع الكبير رجل اشترى دارا على أن يضمن الشفيع الثمن عن المشترى أن أوضمن للمشترى الدرك أو اشترط البائع الخيار للشفيع فأمضى البيع فهذا كله تسليم للشفعة قال الشيخ أبو المعين النسفى فى شرح الجامع الكبير أما اذا باع فضمن الشفيع الثمن عن المشترى والشفيع حاضر فقبل فى المجلس جاز البيع بهذا الشرط استحسانا والقياس أن لا يجوز ألا ترى أنه لو لم يقبل فى المجلس لا يصح البيع ذكر محمد القياس والاستحسان فى كتاب البيوع من المبسوط وأما لا شفعة للشفيع فلان الشفيع صار كالبائع من وجه وكالمشترى من وجه أما كالبائع من وجه لان البيع يتم به وكذا له أن يطالب المشترى بأداء الثمن حتى يخلصه عن الكفالة متى كانت الكفالة بأمره كالبائع مطالبة المشترى بأداء الثمن وأما كالمشترى من وجه لان الشراء يتم به وكذا البائع يطالبه بالثمن كما يطالب المشترى فوقع التردد فى ثبوت حق الشفعة فلا يثبت لان حق الشفعة متى دار بين أن يثبت وبين أن لا يثبت لا يثبت فان قيل البائع من كل وجه انما لم تكن له الشفعة لان ايجاب الشفعة له يؤدى الى التضاد لان البيع لتمليك المبيع

كالقصاص وحق الرد بالعيب ولنا أنه مجرد حق وهو حق التملك وأنه مجرد رأى وهو صفته فلا يورث عنه بخلاف القصاص لان من عليه القصاص صار كالمملوك لمن له القصاص ولهذا جاز أخذ العوض عنه وملك العين بعد الموت فأمكن ارثه بخلاف الشفعة لانها مجرد حق اذ هى مجرد الرأى والمشيئة ولهذا لا يجوز الاعتياض عنها وكذا لا يمكن ارثها ولان الشفيع يزول ملكه بالموت عن داره التى يشفع بها ويثبت الملك فيها للوارث بعد البيع وقيام ملك الشفيع فى التى يشفع بها من وقت البيع الى الاخذ بالشفعة شرط ولم يوجد فى حق الميت وقت الاخذ ولا فى حق الوارث وقت البيع فبطلت لانها لا تستحق بالملك الحادث بعد البيع ولا بالملك الزائل وقت الاخذ وانما لا تبطل بموت المشترى لان المستحق باق ولم يتغير سبب حقه وانما حصل الانتقال الى الورثة فى الدار المشفوعة وذلك حقه كما اذا انتقل الى غيره بسبب آخر فينقضه ويأخذها بالشفعة كما ينقض سائر تصرفاته حتى المسجد والمقبرة والوقف وكذا لو باعها القاضى بعد موته أو باعها وصيه كان له نقضه قال رحمه الله (وبيع ما يشفع به قبل القضاء بالشفعة) أى تبطل الشفعة ببيع الدار التى يشفع بها قبل الاخذ بالشفعة لان سبب استحقاقه قد زال قبل تملكه ولا فرق بين أن يكون عالما وقت بيع داره بشراء المشفوعة أو لم يكن عالما لانه لا يختلف فى الحالين فصار كالتسليم الصريح فانه لا يختلف بين أن يعلم بها أو لم يعلم وكذا الابراء الغريم لان كل ذلك اسقاط فلا يتوقف على العلم كالطلاق والعتاق ألا ترى أنه لا يرتد برد المشترى ولا يتوقف على قبوله ولا يختلف بين حضرته وغيبته ولو باع التى يشفع بها بشرط الخيار لا تبطل شفعته لبقاء السبب لان خيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه ولو اشتراها الشفيع من المشترى بطلت شفعته لانه بالاقدام على الشراء من المشترى أعرض عن الطلب وبه تبطل الشفعة ولن هو بعده من الشفعاء أو مثله أن يأخذها منه بالشفعة بالعقد الاول وان شاء بالعقد الثانى أما اعراضه عن الاول فظاهر وكذا عن الثانى وهو الذى باشره بنفسه لانه باشتغاله بمسح امكان أخذه منه بالشفعة جعل معرضا عن الاخذ بسببه فلا يثبت له به حق لان اعراض يخلاف ما اذا اشتراها ابتداء من غير أن يثبت له فيها حق الاخذ لان شراءه هناك لم يتضمن اعراضا لانه مقبل على التملك وهو معنى الاخذ بالشفعة وانما اشتراها لعدم التمكن من أخذها بطريق آخر ولا كذلك هنا وكذلك ان استأجر الشفيع الدار المشفوعة أو ساومها أو طلب من المشترى أن يوليه بطلت شفعته لانه دليل الاعراض قال رحمه الله (ولا شفعة لمن باع أو بيع له) أى بالوكالة والاصل فيه

والشفعة لتملك المبيع وبينهما تضاد وهنا لا يؤدي الى التضاد لان تمليك المبيع ههنا ما كان من جهة الشفيع قيل له الشفيع اذا كان كفيلا عن المشتري بالثمن كان بمعنى البائع من وجه لما قلنا فايجاب الشفعة له يؤدي الى التضاد من وجه في التمليك والتملك فان كان يؤدي الى التضاد من وجه في التمليك والتملك أدى الى التضاد في حق ضمان الثمن لانه بعقد الكفالة التزم الثمن للبائع ومتى بقي شفيعا كان له أن لا يلتزم لانه يأخذها بالشفعة من يد البائع فينفسخ البيع فيبرأ المشتري عن الثمن فيبرأ هو عن ضمان الكفالة وأما اذا ضمن للمشتري بالدرك فجواز البيع بهذا الشرط اذا كان حاضرا في المجلس وقيل في المجلس استحسان أيضا أما الشفعة له فلانه بائع من وجه لان البيع تم به وكذا لو استحق المشتري كان للمشتري أن يرجع عليه بالدرك كما كان له أن يرجع على البائع (٢٠٩) وأما اذا اشترط البائع الخيار له فأمضى

أن من باع أو يبيع له لا شفعة له ومن اشترى أو اشترى له كان له الشفعة لان الاخذ بالشفعة في الاول يلزم منه نقض ما تم من جهته وهو البيع لان البيع تمليك والاخذ بالشفعة تملك وبينهما منافاة وكذا البيع يوجب التسليم والاخذ ينافيه لانه يمتنع به التسليم وفي الثاني لا يلزم ذلك بل فيه تقريره لان الاخذ بالشفعة مثل الشراء ولا فرق فيمن باع أو اشترى بين أن يكون وكيلا أو أصيلا حتى لا تكون له الشفعة في الاول ولا لموكله ان كان وكيلا وفي الثاني له الشفعة ان كان أصيلا ولموكله ان كان وكيلا حتى اذا باع المضارب أو العبد المأذون له العقار ليس له ولا لرب المال حق الاخذ بالشفعة ولو اشتراه كان له ولرب المال الشفعة لما ذكرنا وكذا للولي ان كان على العبد دين وان لم يكن عليه فلا فائدة بالاخذ لانه ملكه ولم يتعلق به حق غيره والمجيز للعقد الذي باشره الفضولي كالموكل لما عرف أن الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة ثم فائدة قولنا ان المشتري لا تبطل شفعته أن يشارك غيره ممن الشفعاء ان لم يتقدموا عليه وأن يتقدم هو على من بعده من الشفعاء وأن يسلم له عند ترك غيره من الشفعاء والبائع ليس له أن يطلب المبيعة بالشفعة بدار أخرى غيرها بل رقبها لانه لما باعها رغب عنها والاخذ رغبة فيها فتنافيا بخلاف المشتري ولو شرط البائع الخيار لثالث فأجاز فهو كالبائع وان كان المشتري هو الذي فعل ذلك فأجاز كان كالمشتري والمعنى ما بيناه قال رحمه الله (أو ضمن الدرك عن البائع) يعني اذا ضمن الدرك عن البائع وهو شفيع فلا شفعة له لان تمام البيع انما كان من جهته لان المشتري لم يرض بالبيع الا بضمانه فلما ضمن تم به العقد فلا يكون له نقض ما تم من جهته على ما بينا في البائع قال رحمه الله (ومن ابتاع أو ابتيع له فله الشفعة) لان شراءه لا يدل على الاعراض على ما بيناه من المعنى بفروعه قال رحمه الله (وان قيل للشفيع انما بيعت بألف فسلم ثم علم أنها بيعت بأقل أو بيرأ وشعير قيمته ألف أو أكثر فله الشفعة) لان تسليمه كان لاستكثار الثمن أو لتعذر الجنس ظاهرا فاذا تبين له خلاف ذلك كان له الاخذ للتيسير وعدم الرضا على تقدير أن يكون الثمن غيره لان الرغبة في الاخذ تختلف باختلاف الثمن قدرا وجنسا فاذا سلم على بعض وجوهه لا يلزم منه التسليم في الوجوه كلها وكذا كل موزون أو مكيل أو عددي متقارب بخلاف ما اذا علم أنها بيعت بعرض قيمته ألف أو أكثر لان الواجب فيه القيمة وهي دراهم أو دنانير فلا يظهر فيه التيسير فلا يكون له الاخذ وكذا لو أخبر أن الثمن عروض كالثياب والعبيد ثم ظهر أنه مكيل أو موزون أو أخبر أن الثمن مكيل أو موزون فظهر أنه من خلاف جنسه من المكيل أو الموزون فهو على شفعته لما ذكرنا وان ظهر أنه جنس آخر من العروض قيمته مثل قيمة الذي بلغه أو ظهر أنه ذهب أو فضة قدره مثل قيمة ذلك فلا شفعة له لعدم الفائدة لان في غير المكيل والموزون الواجب القيمة فلا يظهر التفاوت قال

البيع فلانه بائع من وجه لانه هو الذي أوجب البيع باعتبار اثبات الحكم وان لم يكن موجبا للبيع باعتبار أصل البيع ولو اشترط المشتري خيار الشفيع فأمضى الشفيع البيع لم تبطل شفعته يريد به اذا طلب الشفعة قبل الاجازة لانه بمنزلة المشتري من وجه لانه وكيل عن المشتري في الاجازة على ما علم في موضعه والمشتري من كل وجه كان له الشفعة فكذا المشتري من وجه فان قيل المشتري من كل وجه انما كان له الشفعة لان ايجاب الشفعة له لا يؤدي الى التضاد فان المشتري يملك المبيع والاخذ بالشفعة تملك أيضا فكان من جنسه فلم يكن فيه تضاد فاما ههنا لو وجب الشفعة لهذا المشتري من وجه بعد الاجازة أدى الى التضاد لانه بالاجازة أوجب الملك للمشتري ومتى أخذها بالشفعة لا يبقى الملك للمشتري

فصار كالساعي في نقض ما أوجبه للمشتري فيؤدي الى التضاد قيل له هذا هكذا أن لو وجب الشفعة له باجازته والشفعة لم تجب له باجازة الشراء بل كانت واجبة له قبل الاجازة ببيع المتعاقدين فان من اشترى دارا على أنه بالخيار وجب الشفعة للشفيع أجاز المشتري الشراء أم فسخ لان خيار المشتري لا يمنع زوال المبيع عن ملك البائع وثبوت حق الشفيع بعتد زوال المبيع عن ملك البائع ومتى وجب الشفعة قبل الاجازة فلو أخذها بالشفعة بعد ما أجاز لا يكون ساعيا في نقض ما أوجبه للمشتري فان أصل العقد ما وجب باجازته اه (قوله ان من باع) أي وهو وكيل البائع اه (قوله أو يبيع له) أي وهو الموكل اه (قوله في المتن أو ضمن الدرك عن البائع) انظر الحاشية التي كتبتها عند قوله في المتن فيما تقدم أو بيعت بخيار للبائع اه (قوله لان الواجب فيه القيمة) أي لان العرض لا تجب الشفعة بمثله وانما تجب بقيمته والقيمة من جنس الدراهم اه ﴿ فرع ﴾ مما يحتاط من الحيل لاسقاط الشفعة أن يعقد البيع بثمن مجهول المقدار كمائة قراضة أو

جوهرة معينة أو سلعة معينة غير موصوفة أو عمائة درهم وكف من الفلوس لا يعرف قدره اه معراج (قوله فلا شفعة له) أي وذلك لان الشفعة انما ثبتت بالشركة أو بالجوار ولم يوجدا واحد منهما اه اتقاني (قوله وكذا لو وهب هذا القدر للمشتري) أي وسلمه اليه اه اتقاني (قوله في المتن وان ابتاع منها) لفظ منها ليس في خط الشارح اه (قوله ولو أرادا الحيلة اشترى السهم الخ) قال في شرح الطحاوي وهو أن يبيع أولا من الدار ومن الكرم (٣٦٠) عشرها شاعا بأكثر الثمن ثم يبيع تسعة أعشارها بقية الثمن حتى ان الشفيع لا يثبت له حق الشفعة الا في عشرها بثمنه ولا يثبت له الشفعة في تسعة الاعشار لان المشتري حين اشترى تسعة أعشارها كان شريكا فيها بالعشر وهذه الحيلة انما تكون للجار أو للخليط لان الشريك أولى منهما ولا يحتال بهم الشريك لان الشفيع اذا كان شريكا كان له أن يأخذ نصف تسعة الاعشار أيضا بقليل الثمن وان كانت الدار لصغر فان بيع العشر منها بكثير الثمن جائز وبيع تسعة الاعشار بقليل الثمن لا يجوز لان بيع مال الصغير بأقل من قيمته قدر ما لا يتغابن الناس فيه لا يجوز فيكون في هذه الحيلة مضرة للمشتري وهو أن يلزمه العشر ولا يجوز في تسعة الاعشار وقد يجوز أن يحتال بهذه الحيلة في دار الصغير وهو أن يبيع من داره جزأ من مائة جزء أو يبيع جزأ من ألف جزء بثمن أكثر من قيمته ثم يبيع بقية الدار بمثل ثمنه فانه يثبت له الشفعة في الجزء الاول خاصة وهذه الحيلة للجار والخليط فاما اذا كان الشفيع شريكا فانه يأخذ نصف البقية بنصف ثمنها اه غاية وكتب ما نصه وهذه الحيلة ترجع الى تقليل رغبة الشفيع والاولى الى الابطال لان في الاولى ليس يخاف للجار أن يأخذ لان مقدار ذراع في طول حد الشفيع لم يبع اه اتقاني (قوله قدر قيمة العقار) قال الاتقاني بيان ذلك فيما ذكره في شرح الطحاوي بقوله وصيغة أخرى أن يبيع الدار بأكثر من قيمتها نحو أن يبيع ما يساوي ألفا بألفين ويتقدم من الثمن ألف درهم الا عشرة دراهم ثم يبيع بألف وعشرة عرضا يساوي عشرة دراهم فحصلت الدار للمشتري بألف درهم في الحاصل ولكن الشفيع لا يأخذها الا بألفي درهم والافضل للبائع أن يجعل مكان العرض دينارا يساوي عشرة دراهم هذا هو الاحوط حتى ان الدار لو استحقت من يد

رحمه الله (ولو بان أنها بيعت بدنانير قيمتها ألف فلا شفعة له) وهذا قول أبي يوسف رحمه الله وهو استحسان والقياس أن يثبت له حق الشفعة وهو قول أبي حنيفة وزفر رحمهما الله لان الجنس مختلف حقيقة وحكما ولهذا جاز التفاضل بينهما في البيع وكذا لو أجبر على أن يقر بالدراهم فأقر بالدنانير كان مختارا غير مكره ولو كانا جنسا واحدا لصار مختارا وجه الاستحسان أنهما جنس في الثمنية وكلا منافيه ولهذا يضم أحدهما الى الآخر في الزكاة قال رحمه الله (وان قسم له ان المشتري فلان فسلم فبان أنه غيره فله الشفعة) لتفاوت الناس في الاخلاق فمنهم من يرغب في معاشرة ومنهم من يجتنب مخافة شره فالتسليم في حق البعض لا يكون تسليما في حق غيره ولو علم أن المشتري هو مع غيره كان له أن يأخذ نصيب غيره لان التسليم لم يوجد في حقه ولو بلغه شراء النصف فسلم ثم بلغه شراء الكل فله الشفعة في الكل لانه سلم النصف وكان حقه في أخذ الكل والكل غير النصف فلا يكون اسقاطه اسقاطا للكل ولان التسليم لخوف ضرر الشركة ولا شركة وهذا التعليل يستقيم في الجار دون الشريك والاول يستقيم فيهما وفي عكسه وهو ما اذا أخبر بشراء الكل فسلم ثم ظهر شراء النصف لا شفعة له في ظاهر الرواية لان التسليم في الكل تسليم في أبعاضه كلها ولان رغبات الناس في الكل أكثر عادة من رغباتهم في الاشقاص فلما لم الكل عن عيب التشقيص فاذا لم يرغب فيه فأولى أن لا يرغب في التشقيص وقيل له الشفعة لانه قد لا يتمكن من تحصيل ثمن الجميع وقد تكون حاجته الى النصف ليتم به مرافق ملكه فلا يحتاج الى الجميع وشيخ الاسلام مال الى هذا القول وحمل ما ذكره في ظاهر الرواية على ما اذا كان ثمن النصف مثل ثمن الكل أما اذا تبين له أن ثمن النصف مثل نصف ثمن الكل فله الشفعة والمعنى ما ذكرنا قال رحمه الله (وان باعها الا ذراعا في جانب الشفيع فلا شفعة له) معناه اذا باع العقار الا مقدار ذراع في طول الحد الذي يلي الشفيع فلا شفعة له لان الاستحقاق بالجوار ولم يوجد الاتصال بالمبيع وكذا لو وهب هذا القدر للمشتري لعدم الالتزاق وهذه حيلة قال رحمه الله (وان ابتاع منها سهما بثمن ثم ابتاع بقيتها فالشفعة للجار في السهم الاول فقط) لان الشفيع جار في السهمين والمشتري شريك في السهم الثاني وهو مقدم على الجار ولو أراد الحيلة اشترى السهم الاول بجميع الثمن الا درهما والباقي بالدرهم فلا يرغب الجار في أخذ السهم الاول لكثرة الثمن لاسيما اذا كان السهم الاول جزأ قليلا كالعشر مثلا أو أقل وكذا في المسئلة الاولى يأتي مثل هذه الحيلة بان يبيع قدر الذراع أو أقل في طول الحد الذي يلي الشفيع بجميع الثمن الا درهما ثم يشتري الباقي بدرهم فان أخذ بالشفعة أخذ قدر الذراع بجميع الثمن وليس له أن يأخذ الباقي لانه ليس بجاره فأيهما خاف أن لا يوفي صاحبه شرط الخيار لنفسه وان خافا شرط كل واحد منهما الخيار لنفسه ثم يجيزان معا وان خاف كل واحد منهما اذا أجاز أن لا يجيز صاحبه وكل كل واحد منهما وكيلا ويشترط عليه أن يجيز بشرط أن يجيز صاحبه قال رحمه الله (وان ابتاعها بثمن ثم دفع ثوبا عنه فالشفعة بالثمن لا بالثوب) لان الثوب عوض عما في ذمة المشتري فيكون البائع مشتريا للثوب بعقد آخر غير العقد الاول وهذه الحيلة تتم الجوار والشركة لانه يبتاع العقار بأضعاف قيمته ويعطيه بها ثوبا قيمته قدر قيمة العقار غير أنه

المشترى رجع على البائع بمثل ما أعطاه لانه يبطل الصرف بالاستحقاق وهذه الحيلة لجميع الشفعاء ولو كان باع بقية الثمن عرضا سوى الذهب يساوى عشرة دراهم كما ذكرنا فعند الاستحقاق يرجع المشترى على البائع بألفى درهم ويكون فيه مضرة على البائع اه (قوله لوجوبه عليه بالبيع الثانى) أى وهو بيع المشترى الثوب من البائع بثمن قدر ثمن العقار الذى اشتراه المشترى اه (قوله وبطلت المقاصة) أى فصار كمن اشترى من آخر دينارا بعشرة دراهم عليه ثم ظهر انها لم تكن عليه (٢٦١) بطل الصرف وبرئ الدينار كذا فى الخلاصة اه (قوله دنانير) الذى فى خط الشارح الدنانير اه (قوله والحيلة الاولى تختص بالجار وهذه لا) تقدم التنبيه عليه اه (قوله فى المتن ولا تكره الحيلة الخ) قال فى الواقعات الحسامية الحيلة فى ابطال الشفعة على وجهين إما أن كانت بعد الثبوت أو قبل الثبوت ففى الوجه الاول يكره بالاتفاق نحو أن يقول المشترى للشفيع اشتره منى وما أشبه ذلك لانه ابطال لحق واجب وفى الوجه الثانى لا بأس به سواء كان الشفيع عدلا أو فاسقا هو المختار لانه ليس بابطال اه اتقانى (قوله وعند محمد تكره) وجه قول محمد أن الشرع أوجب الشفعة سببا لدفع الضرر عن الشفيع فلا يجوز لان الحيلة باسقاط الشفعة لو جازت لم تثبت شفعة أبدا اه اتقانى (قوله ثم قيل هذا الخلاف بينهما قبل الوجوب) أى قبل وجوب الشفعة يعنى قبل البيع اذ هى انما تجب بالبيع اه (قوله وعند محمد يكره) قيل الفتوى على قول أبى يوسف فى الشفعة وعلى قول محمد فى الزكاة اه اتقانى (قوله لا بأس به) قال الخصاف فى أول كتاب الحيل لا بأس بالحيل فيما يحل ويجوز وانما الحيلة شئ يتخلص به الرجل من الحرام ويخرج به الى الحلال فما كان من هذا وشبهه فلا بأس به وانما يكره من ذلك أن يحتال الرجل فى حق لرجل حتى يبطله أو يحتال فى باطل حتى يموهه او يحتال فى شئ حتى يدخل فيه شبهة اه اتقانى (قوله ثم الحيل التى تسقط الوجوب هى أن يعوضه) كان يقول المشترى للشفيع صالحتك على كذا كذا درهما على أن تسلم لى شفعتك فاذا قبل الشفيع الصلح وسلم بطلت شفعته ولا يجب له المال اه اتقانى (قوله بأن اشتروا جماعة) كذا بخط الشارح اه (قوله بأن باعوا جماعة) كذا بخط الشارح اه

يخاف أن يتضرر البائع بذلك لانه لو استحقت الدار تبقى الدراهم كلها فى ذمة البائع لوجوبه عليه بالبيع الثانى ثم براءته كانت حصلت بطريق المقاصة بثمن العقار فاذا استحق تبين أنه ليس عليه ثمن العقار وبطلت المقاصة فيجب على البائع الثمن كله والحيلة فيه أن يدفع اليه بدل الدراهم الثمن الدنانير بقدر قيمة العقار فيكون صرفا بما فى ذمته من الدراهم ثم اذا استحق العقار تبين أن لا دين على المشترى فيبطل الصرف للافتراق قبل القبض فيجب رد الدنانير لا غير والحيلة الاولى تختص بالجار وهذه لا وحيلة أخرى تعم الجار والشريك أن يشتريه بأضعاف قيمته من الدراهم ثم يوفيه من الدراهم قدر قيمة العقار الاقدر قيمة الدينار مثلا فيعطيه الدينار بالباقى فيصير صرفا فيه ثم اذا استحق المشفوع يرد ما قبض كله فغير الدينار على أنه بدل عن العقار المستحق والدينار لبطلان الصرف قال رحمه الله (ولا تكره الحيلة لاسقاط الشفعة والزكاة) وهذا عند أبى يوسف رحمه الله وعند محمد رحمه الله تكره لان الشفعة وجبت لدفع الضرر وهو واجب ولالحاق الضرر به حرام فكانت مكروهة ضرورة ولابى يوسف رحمه الله أنه يحتال لدفع الضرر عن نفسه والحيلة لدفع الضرر عن نفسه مشروع وان كان غيره يتضرر فى ضمنه ثم قيل هذا الاختلاف بينهما قبل الوجوب وأما بعده فمكروه بالاجماع هكذا ذكره شيخ الاسلام ذكر قوله فى النهاية والقائل لهذا القول قاسه على الاختلاف فى الزكاة فانه لا يكره عند أبى يوسف رحمه الله قبل الوجوب وعند محمد رحمه الله يكره وقيل لا تكره الحيلة لمنع وجوب الشفعة وانما الخلاف فى فصل الزكاة وقال شمس الأئمة الاشتغال بالحيل بابطال حق الشفعة لا بأس به أما قبل وجوب الشفعة فلا اشكال فيه وكذلك بعد الوجوب اذا لم يقصد المشترى الاضرار به وانما قصد الدفع عن ملك نفسه ثم قال وقيل هذا قول أبى يوسف رحمه الله وأما عند محمد رحمه الله فتكره على قياس اختلافهم فى الزكاة ثم الحيل التى تسقط الوجوب هى أن يعوضه فيسقط الشفيع الشفعة فتسقط شفعته ولا يجب عليه العوض أو يقول له أنا أبيعك اياه أو يقول له المشترى اشتره منى فيقول الشفيع نعم فتسقط بشفعته وكذا اذا آجره من الشفيع على ما بينا ومن الحيل التى تمنع الوجوب أن يوكله ببيعها أو يضمنه الدرك أو يجعل البائع الخيار اليه فى عقد البيع الى غير ذلك من الحيل التى ذكرناها من قبل ومن الحيل أن يؤجر المشترى البائع شيأ يبعض العقار الذى يريد شراءه كالثوب مثلا يؤجره ليلبسه البائع يوما بجزء شائع من العقار الذى يريد شراءه ثم يشترى الباقى لانه لما ملكه منه جزأ شائعا صار شريكا له وليس للشفيع فيه شفعة لانه ملكه بالاجارة ولا فيما اشتراه بعد ذلك لان الشريك أولى وهذه الحيلة لا تدفع الا الجار قال رحمه الله (وأخذ حظ البعض يتعدد بتعدد المشترى لا بتعدد البائع) ومعناه أن المشترى اذا تعدد بأن اشترى جماعة عقارا والبائع واحد تتعدد الاخذ بالشفعة بتعددهم حتى كان للشفيع أن يأخذ نصيب بعضهم ويترك الباقى وان تعدد البائع بأن باع جماعة عقارا مشتركا بينهم والمشترى واحد لا يتعدد الاخذ بالشفعة بتعددهم حتى لا يكون للشفيع أن يأخذ نصيب بعضهم دون بعض والفرق أن الشفيع فى الوجه الثانى بأخذ نصيب بعضهم تتفرق الصفقة على المشترى فيتضرر به بزيادة الضرر بالاخذ منه

(قوله ولا فرق في هذا بين أن يكون قبل القبض) أي قبل قبض المشتري الدار اه اتقاني ﴿فرع﴾ قال الكرخي واذا اشترى الرجل دارين صفقة واحدة فجاء شفيع لهما جميعا فأراد أن يأخذ احداهما دون الاخرى ليس له ذلك وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد وقال الحسن بن زياد عن زفر الشفيع بالخيار ان شاء أخذهما وان شاء أخذ احداهما دون الاخرى وهذا قول الحسن الى هنا لفظ الكرخي ووجه قولهم ان المشتري (٣٦٢) ملك الدارين صفقة واحدة وتعلق حق الشفيع بهما فليس له أن يفرد بالاخذ بعض ما تعلق

بصفقة دون بعض كالدار الواحدة وقد ذكر أبو الحسن عن محمد ما يدل على أنه لا فرق بين الدارين المتلاصقتين والمتفارقتين وذكر بشر بن الوليد عن أبي يوسف أنهما اذا كانتا في مصر واحد أو مصرين فهو سواء ووجه قول زفر أن أخذ احدى الدارين لا يؤدي الى اضرار بالمشتري بالشركة فصار كما لو كان شفيعا لاحداهما اه ثم قال الكرخي في مختصره واذا كان الشفيع شفيعا لاحداهما دون الاخرى ووقع البيع عليهما صفقة واحدة فان الحسن بن أبي مالك الدوري عن أبي حنيفة أنه ليس له الا أن يأخذ التي تجاوره بالحصة وكذلك روى ابن سماعة عن أبي يوسف وكذلك الدوري هشام عن محمد في رجل اشترى دارين متلاصقتين وله جار يلي احداهما قال فانه يأخذ التي تليه بالشفعة ولا شفعة له في الاخرى قال القدوري في شرحه وذلك لان حق الشفعة تعلق باحدى الدارين دون الاخرى والصفقة اذا جمعت بين ما تعلق به الشفعة وبين ما لا تعلق به الشفعة أخذ الشفيع ما تعلقت به بالحصة كما لو اشترى دارا وسيفا صفقة واحدة اه غاية (قوله لان حقوق العقد تتعلق بالعاقد) أي دون عن المعقود له اه غاية (قوله أو بالتراضي) وعن أبي حنيفة أن القسمة اذا كانت بقضاء القاضي ليس له أن ينقض واذا كانت بغير قضاء القاضي فله أن ينقض اه غاية

وبسبب الشركة وهي شرعت على خلاف القياس لدفع الضرر عن الشفيع فلا تشرع على وجه يتضرر به المشتري ضررا زائدا سوى الاخذ وفي الوجه الاول يقوم الشفيع مقام أحدهم فلا تتفرق الصفقة على أحد ولا فرق في هذا بين أن يكون قبل القبض أو بعده في الصحيح الا أن الشفيع لا يمكنه أن يأخذ نصيب أحدهم اذا نقد حصته من الثمن حتى ينقد الجميع كي لا يؤدي الى تفريق الصفقة على البائع بمنزلة المشترين أنفسهم لانه كواحد منهم وكما اذا كان المشتري واحدا فنقد البعض من الثمن وسواء سمى لكل بعض ثمنا أو سمى للكل جملة لان العبرة في هذا لاتحاد الصفقة لا لاتحاد الثمن واختلافه والمعتبر في التعدد والاتحاد العاقد دون المال حتى لو وكل واحد جماعة بالشراء فاشتروا له عقارا واحدا بصفقة واحدة أو متعددة كان للشفيع أن يأخذ نصيب أحدهم ولو وكل جماعة واحدا به ليس للشفيع أن يأخذ نصيب بعضهم لان حقوق العقد تتعلق بالعاقد وهو أصيل فيه فيتحد باتحاده ويتعدد بتعدده ثم في الصحيح لم يفصل بين ما اذا كان بعد القبض أو قبله على ما بينا وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أنه فصل فقال ان أخذ قبل القبض نصيب أحدهم ليس له ذلك وبعده كان له ذلك لانه قبل القبض يتضرر البائع بأخذ البعض منه بتفريق اليد عليه وبعده لا يتضرر لانه لم يبق له يد وجوابه أن له أن يحبس الجميع الى أن يستوفي جميع الثمن على ما بينا فلا يؤدي الى تفريق اليد عليه قال رحمه الله (وان اشترى نصف دار غير مقسوم أخذ الشفيع حظ المشتري بقسمته) أي لو اشترى نصف دار غير مقسوم فقاسم المشتري البائع أخذ نصيب المشتري الذي حصل له بقسمته وليس له أن ينقض القسمة سواء كانت القسمة بحكم أو بالتراضي لان القسمة من تمام القبض لما فيه من تكميل الانتفاع ألا ترى أن الهبة تتم بها حتى صحت بالقسمة والتسليم بعد أن وقعت فاسدة للشيوع باعتبار ان قبضه ناقص فيما يحتمل القسمة والشفيع لا ينقض القبض ليجعل العهدة على البائع فكذا ما يتم القبض وهذا لان القبض بجهة البيع له حكم البيع فكما لا يملك نقض البيع الاول لا يملك نقض القبض الموجود بجهته ولا يقال القسمة فيها معنى المبادلة والشفيع يملك نقض تصرفاته فكذا نقض قسمته لانا نقول القسمة افراز من وجه ولهذا يجري فيها الجبر ومبادلة من وجه ولهذا يجري فيها أحكام البيع من تبعيض أو خيار رؤية ومن حيث انها افراز لم يوجد فيها الا القبض فباعتبار أنها مبادلة يملك وباعتبار أنها افراز لا يملك فلا يملك بالشك وهذا لان القياس أن لا ينقض من تصرفات المشتري شيأ لانها صحيحة لصدورها عن مالك ولهذا الباعه أو آجره يطيب له الثمن والاجرة وليس للشفيع فيه ملك وانما ثبت له حق الاخذ وذلك لا يمنع نفوذ تصرفاته غير أن له أن ينقض تصرفات تبطل حقه لدفع الضرر عن نفسه ولا ضرر في القسمة فبقي على الاصل في حق البيع الاول وفي حق ماله حكم البيع الاول وهو القبض بجهته بخلاف ما اذا باع أحد الشريكين نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشتري الشريك الذي لم يبع حيث يكون للشفيع نقضه لان العقد لم يقع من الذي قاسم فلم تكن القسمة من تمام القبض الذي هو حكم البيع الاول بل هو تصرف بحكم الملك فينقضه الشفيع كما ينقض بيعه وهبته ثم اذا لم يكن للشفيع نقض قسمته كان له أن يأخذ نصيب المشتري في أي جانب كان لانه استحقه بالشراء والمشتري لا يقدر على ابطال حقه فيأخذه وهو ما روى

عن أبي يوسف رحمه الله واطلاق الكتاب يدل عليه وعن أبي حنيفة أنه انما يأخذه اذا رفع في جانب الدار التي يشفع بها لانه لا يبقى جارا فيما يقع في الجانب الآخر قال رحمه الله (والعبد المديون الاخذ بالشفعة من سيده كعكسه) معناه اذا باع رجل دارا والبائع عبد مأذون له في التجارة وعليه دين يحيط بماله ورقبته فللعبد أن يأخذ الدار بالشفعة وكذا عكسه وهو ما اذا كان العبد هو البائع فلمولاه الشفعة لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء وشراء أحدهما من صاحبه جائز اذا كان على العبد دين لانه يفيد ملك اليد للعبد لكون المولى لا يملك ما في يد العبد المديون أو لكون العبد أحق به بخلاف ما اذا لم يكن عليه دين والعبد بائع لان بيعه لمولاه ولا شفعة لمن يبيع له بخلاف ما اذا اشترى لانه ابتياع له وقد بينا أن من ابتاع أو ابتيع له لا تبطل شفعته قال رحمه الله (وصح تسليم الشفعة من الاب والوصي والوكيل) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد وزفر رحمهما الله لا يجوز وهو على شفعته اذا بلغ الصغير أو بلغ الخبر الوكيل وعلى هذا الخلاف بطلان الشفعة بسكوت الاب والوصي عند العلم بالشراء لزفر رحمه رحمهما الله في الاب والوصي أن هذا ابطال حق الصبي فلا يصح كالعفو عن قوده واعتاق عبده وابراء غريمه ولان ولاية تصرفهما نظرية والنظر في الاخذ متعين ألا ترى أنه شرع لدفع الضرر فكان في ابطاله الحاق الضرر به فلا يملكه ولهما أن الاخذ بالشفعة في معنى التجارة بل عينها ألا ترى انه مبادلة المال بالمال وترك الاخذ بها ترك التجارة فيملكه كما يملك ترك التجارة بردّ البيع عند ما يقال للاب بعتك هذا المال لابنك الصغير يوضحه أنه لو أخذه بالشفعة ثم باعه من ذلك الرجل بعينه جاز فكذلك اذا سلمه اليه بل أولى لانه اذا أخذه ثم باعه منه كانت العهدة على الصبي وفي الاول على البائع أو على المشتري ولان هذا تصرف دائر بين الضرر والنفع فيحمل أن يكون الترك أنفع بابقاء الثمن على ملك الصغير فيملكه كالاخذ بخلاف العفو عن القود وأخويه لانه ضرر محض غير مترقد لانه ابطال بغير عوض وهنا يعوض يسد له وهو الثمن فلا يعد ضررا وسكوتهما كابطالهما لان السكوت من يملك الاخذ بالشفعة دليل الاعراض وهذا اذا بيعت بمثل قيمتها وان بيعت بأكثر من قيمتها مما لا يتغابن الناس في مثله قيل جاز التسليم بالاجماع لان النظر متعين فيه وقيل لا يجوز التسليم بالاجماع وهو الاصح لانه لا يملك الاخذ فلا يملك التسليم كالاجنبي وان بيعت بأقل من قيمتها بمحاباة كثيرة فعن أبي حنيفة رضي الله عنه لا يصح تسليم الاب والوصي ولا رواية عن أبي يوسف رحمه الله وهكذا في الهداية وفي الكافي قال ذكر في الحصر والمختلف اذا سلم الاب شفعة الصغير والشراء بأقل من قيمته بكثير فعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يجوز أيضا لانه امتناع عن ادخاله في ملكه لا ازالة عن ملكه فلم يكن تبرعا وعن محمد رحمه الله أنه لا يجوز لانه بمنزلة التبرع بماله ولا رواية عن أبي يوسف رحمه الله وقال في النهاية لم يصح التسليم منهما على قول أبي حنيفة رحمه الله لا يصح التسليم أيضا على قول محمد وزفر رحمهما الله لان الاب والوصي شفعة الصغير جائز فيما اذا بيعت بمثل قيمتها فلأن لا يجوز فيما اذا بيعت بأقل من قيمتها أولى ولو كان المشتري هو الاب لنفسه كان له أن يأخذه بالشفعة لابنه الصغير ما لم يكن فيه ضرر ظاهر على الصغير وكذا لو اشترى لابنه الصغير كان له أن يأخذه بالشفعة ما لم يكن فيه ضرر ظاهر على الصغير وهو أن لا يكون فيه غبن فاحش لانه معتبر بشرائه وبيعه مال الصغير لنفسه وفي الشراء يشترط أن لا يكون فيه غبن فكذا في الاخذ بالشفعة والوصي كالاب في هذا الا أنه يشترط في حقه أن يكون فيه للصغير نفع ظاهر حتى اذا كان بمثل القيمة لا يجوز لما ذكرنا أنه يعتبر بشرائه وبيعه مال الصغير لنفسه في الاب والوصي اذا اشترى مال الصغير لنفسه بمثل القيمة لا يجوز وكذا اذا باعه من نفسه بمثل القيمة لا يجوز حتى يكون أكثر منه في الشراء وفي البيع أقل وفي الاب يجوز بمثل القيمة فيهما فكذا الاخذ بالشفعة ثم كيفية طلبه أن يقول اشتريت وأخذت بالشفعة متصلا بكلامه ولو باع كل واحد منهما ملك الصغير أو ملك نفسه ليس له أن يأخذ

(قوله في المتن والعبد المديون الاخذ بالشفعة الخ) قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي واذا باع المولى دارا وكاتبه شفيعها فله الشفعة لانه أقرب الى الاجانب من العبد المأذون فان له أن يأخذه لنفسه فكان أحق أن يأخذه الدار بالشفعة مفيد اه غاية (قوله فللعبد أن يأخذ الدار بالشفعة) أي لانه لا يأخذها لمولاه بل لنفسه فكان مفيدا اه غاية (قوله لكون المولى لا يملك ما في يد العبد المديون) أي على قول أبي حنيفة اه قال الاتقاني وذلك لان المولى لا يملك أكساب عبده المديون عند أبي حنيفة وعندهما يملك الرقبة ولا يملك التصرف فكان بمنزلة الاجنبي اه (قوله أو لكون العبد أحق به) أي على قولهما اه (قوله ولان تصرفهما) لعله ولايتهما (قوله جاز التسليم بالاجماع) أي بلا خلاف محمد وزفر لتعضده نظرا للصبي اه (قوله وهو الاصح) كذا في المبسوط اه (قوله فلا يملك التسليم) فبقي الصبي على حقه اذا بلغ وصار الولي كالاجنبي اه (قوله وهكذا ذكر في الهداية) لفظ ذكر ليس في خط الشارح اه (قوله لما ذكرنا أنه) أي الاخذ بالشفعة اه

بالشفعة لا لنفسه ولا للصغير لما ذكر أن من باع أو بيع له فلا شفعة له والصغير أن يطلب الشفعة اذا بلغ فيما اذا باع مال نفسه لا مال الصغير وكذا اذا كان في الشراء غبن كان للصغير أن يطلب الشفعة اذا بلغ لان كل واحد منهما ليس له أن يأخذ لصغير فلا تبطل شفعة الصغير بسكوته ولو كان البائع لمال الصغير وصي القاضي كان لوصي الميت أن يأخذه بالشفعة لانه ليس ببائع فلا يمتنع وأما الوكيل فالمراد به ههنا الوكيل بطلب الشفعة وأما الوكيل بالشراء فتسليمه الشفعة صحيح بالاجماع وكذا سكوته اعراض بالاجماع ثم الوكيل بطلب الشفعة انما يصح تسليمه اذا كان في مجلس القاضي عند أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف رحمه الله يصح في مجلس القاضي وغيره وعند محمد وزفر رحمهما الله أن تسليمه لا يصح أصلا لانه أتى بضد ما أمر به فصار كما لو وكله باستيفاء الدين فأبرأه الوكيل عن الدين وهما يقولان إنه توكيل بالشراء لان الآخذ بها شراء والوكيل بالشراء له أن لا يشتري فكذا هذا له أن يترك الشفعة غير أن أبا يوسف رحمه الله يقول هو وكيل مطلقا فينفذ تصرفه مطلقا في مجلس القاضي وغيره وأبو حنيفة رحمه الله يقول ان الوكيل بطلب الشفعة وكيل بالخصومة ولا تعتبر الخصومة الا في مجلسه فلا يكون وكيلا في غير مجلس الحاكم وهذا الخلاف بينهما هو نظير الخلاف في اقرار الوكيل بالخصومة على موكله ولو أقر هذا الوكيل وهو الوكيل بطلب الشفعة على موكله بأنه سلم الشفعة جاز اقراره عليه عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله اذا كان في مجلس القاضي وان كان في غيره فلا يجوز الا أن يخرج من الخصومة وقال أبو يوسف رحمه الله يجوز مطلقا وقال زفر رحمه الله لا يجوز مطلقا وهي مسئلة اقرار الوكيل بالخصومة وموضعها كتاب الوكالة وهي معروفة والله أعلم بالصواب

﴿كتاب القسمة﴾

مناسبة القسمة بالشفعة من حيث ان كلا منهما من نتائج النصيب الشائع ألا ترى أن أقوى أسباب الشفعة الشركة في نفس المبيع وتقديم الشفعة على القسمة لما أن التملك بالشفعة ربما يكون سببا للقسمة والسبب مقدم على المسبب اه اتقاني (قوله وهي جائزة بالكتاب والسنة) أما الكتاب فقوله تعالى واعلموا أنما غنمتم من شئ فان لله خمسه وللرسول واما علم الخمس من أربعة الاخماس بالقسمة اه اتقاني (قوله فأمكن أن يجعل عين حقه) أي لاستوائهما في تعلق المصلح والاغراض بهما اه اتقاني

وهي في اللغة اسم للاقتسام كالقدوة للاقتداء والاسوة للائتساء قال رحمه الله (هي جمع نصيب شائع في معين) وهذا في الشريعة وسببها طلب الشركاء أو بعضهم الانتفاع بملكه على وجه الخصوص لان كل واحد من الشركاء منتفع بنصيب غيره فالطالب للقسمة يسأل القاضي أن يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع غيره عن الانتفاع بنصيبه فيجب على الحاكم أن يجيبه اليه وركنها هو الفعل الذي يحصل به الافراز والتمييز بين النصيبين كالكيل والوزن والعد والذرع وشرطها أن لا تفوت المنفعة بالقسمة فاذا كانت تفوتهم امنفعته لا يقسم جبرا كالبئر والرحا والحمام ونحو ذلك لان الغرض المطلوب منها تعذر بالقسمة فاذا أدت الى فواتها لم يجبر الحاكم عليها وهي جائزة بالكتاب قال الله تعالى ونبئهم أن الماء قسمة بينهم وقال تعالى واذا حضر القسمة وبالسنة لانه عليه الصلاة والسلام باشرها في الغنائم والمواريث وعلى جوازها انعقد الاجماع ولان فيها إنصاف الشركاء واظهار العدل بايصال الحق الى مستحقه فكان واجبا وحكمها تعيين نصيب كل واحد منهم حتى لا يكون لكل واحد منهم تعلق بنصيب صاحبه قال رحمه الله (وتشتمل على الافراز والمبادلة وهو الظاهر في المثلي فيأخذ حقه حال غيبة صاحبه وهي في غيره فلا يأخذ) أي القسمة تشتمل على تمييز الحقوق والمبادلة والتمييز هو الظاهر في ذوات الامثال حتى كان لاحد الشريكين أن يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه والمبادلة هي الظاهرة في غير المثلي كالثياب والعقار والحيوان حتى لا يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه والدليل على أن فيها معنى الافراز والمبادلة أن ما يأخذه كل واحد منهما يشتمل كل جزء من أجزائه على النصيبين فكان نصفه ملكه ولم يستفده من جهة صاحبه فكان افرازا والنصف الآخر كان لصاحبه أخذه عوضا عما في يد صاحبه من نصيبه فكان مبادلة ضرورة الا أن معنى الافراز والتمييز في المكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة أظهر لعدم التفاوت بين أجزائه لان ما يأخذه كل واحد منهما من نصيب شريكه مثل حقه صورة ومعنى فأمكن أن يجعل عين حقه ولهذا جعل عين حقه في القرض والصرف والسلم لانه لو كان مبادلة لما صح في القرض

(قوله وكذا لو كانا اشتريا) أي ثم اقتسماه اه اتقاني (قوله جاز لاحدهما أن يبيع نصيبه مرابحة) أي بعد القسمة اه اتقاني (قوله سواء كان من ذوات الامثال أولا) قال في الفتاوى الصغرى القسمة ثلاثة أنواع قسمة لا يجبر الآبي كقسمة الاجناس المختلفة وقسمة يجبر في ذوات الامثال كالمكيلات والموزونات وقسمة يجبر الآبي في غير المثليات كالثياب من نوع واحد والبقر والغنم والخيارات ثلاثة خيار شرط وخيار عيب وخيار رؤية ففي قسمة الاجناس المختلفة يثبت الخيار أجمع (٣٦٥) وفي قسمة ذوات الامثال كالمكيلات والموزونات يثبت خيار العيب دون خيار الشرط والرؤية وفي قسمة غير المثليات كالثياب من نوع واحد والبقر والغنم يثبت خيار العيب وهل يثبت خيار الرؤية والشرط على رواية أبي سليمان يثبت وهو الصحيح وعليه الفتوى وعلى رواية أبي حفص لا يثبت اه اتقاني قوله يثبت الخيار أجمع أقول لانها مبادلة من كل وجه كما قاله الشارح وقوله في القسمة الثانية يثبت خيار العيب دون خيار الشرط والرؤية أقول انما ثبت له خيار العيب للحوق الضرر به بخلاف خيار الشرط والرؤية اذ لا فائدة في اثباتهما لعدم الضرر وفي قسمة غير المثليات يثبت خيار العيب بالاتفاق ويثبت خيار الرؤية والشرط أيضا على الصحيح قلت ولعل وجهه أن الغالب فيها معنى المبادلة بخلاف قسمة ذوات الامثال فان معنى الافراز غالب والله الموفق اه (قوله وأبعد عن تهمة مواضعة الخ) قال في الهداية وأبعد عن التهمة اه أي تهمة الميل الى أحد المتقاسمين لسبب ما يعطيه بعض الشركاء زيادة قاله السيد اه (قوله ولو اصطلحوا فاقتسموا) أي بلا قاسم القاضي اه اتقاني (قوله جاز) أي لان الحق لهم اه غاية (قوله الا اذا كان فيهم صغير) أي فلا تجوز القسمة حينئذ بتراضيهم لانه لا ولاية لهم على الصغير فلا بد حينئذ من الرجوع الى القاضي حتى يأمر من يقسم بينهم اه اتقاني وكتب ما نصه بخط قارئ الهداية رحمه الله تحت قوله صغير أو مجنون أو غائب اه

للافتراق قبل قبض أحد العوضين ولا في السلم والصرف لحرمة الاستبدال فيهما وكذا في قضاء الدين جعل المقبوض عين حقه حتى يجري فيه الجبر ولو كان غيره لما جرى اذ لا يجبر أحد على المعاوضة وكذا جاز لاحدهما أن يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه ولو كان مبادلة لما جاز وكذا لو كانا اشتريا جاز لاحدهما أن يبيع نصيبه مرابحة على حصته من الثمن ولو كان مبادلة لما جاز ومعنى المبادلة في غير المثل أظهر للتفاوت فلا يمكن أن يجعل كأنه أخذ عين حقه لعدم المعادلة بينهما بيقين فلا يمكن اجراء الاحكام التي ذكرناها في المثلي الا أنها اذا كانت من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة بطلب بعضهم لما فيها من معنى الافراز وفيها تكميل المنفعة والمقاصد متقاربة لاتحاد الجنس وجاز الاجبار عليها لدفع الضرر عنهم والمبادلة قد يجري فيها الاجبار دفعا للضرر كالاخذ بالشفعة وقضاء الدين لان المقبوض ليس عين الدين حقيقة وانما هو بدل عنه وهذا لان الطالب للقسمة يسأل القاضي أن يخصه بالانتفاع بنصيبه وأن يمنع الغير عن الانتفاع بملكه فيجب على القاضي أن يجيبه وان كان أجناسا مختلفة لا يجبر عليها لفحش التفاوت في المقاصد فلا يمكن اعتبار الافراز فيها فكانت مبادلة من كل وجه ولا جبر فيها مع امكان الوصول الى حقه ولو تراضوا عليها جاز لان الحق لهم قال رحمه الله (ويجبر في متحد الجنس عند طلب أحد الشركاء لا في غيره) أي اذا طلب بعض الشركاء القسمة يجبر الآبي على القسمة في متحد الجنس سواء كان من ذوات الامثال أولا ولا يجبر في غير متحد الجنس كالغنم مع الابل لما بينا من المعنى قال رحمه الله (وندب نصبه قاسم رزقه في بيت المال ليقسم بلا أجر) لان القسمة من جنس عمل القضاء من حيث انه يتم به قطع المنازعة فأشبه رزق القاضي ولان منفعته تعود الى العامة كمنفعة القضاة والمقاتلة والمفتين فتكون كفايته في بيت المال لانه أعد لمصالحهم كنفقة هؤلاء قال رحمه الله (والا نصب قاسم يقسم بأجر بعدد الرؤس) أي ان لم ينصب قاسم رزقه في بيت المال نصب قاسم يقسم بأجر على المتقاسمين لان النفع لهم على الخصوص وليس بقضاء حقيقة حتى جاز للقاضي أن يأخذ الاجر على القسمة وان كان لا يجوز له على القضاء ألا ترى أنه لا يفترض عليه أن يقسم بنفسه بالمباشرة ومباشرة القضاء فرض عليه و يقدر له القاضي أجر مثله كيلا يطمع في أموالهم و يتحكم بالزيادة والافضل أن يرزق من بيت المال لانه أروح وأرفق بالعامة وأبعد عن تهمة مواضعة القاضي مع القاسم وقوله بعدد الرؤس أي تجب عليهم الاجرة على عدد الرؤس ولا تتفاوت بتفاوت الانصباء وهذا عند أبي حنيفة رضي الله عنه على ما يجيء بيانه من قريب ان شاء الله تعالى قال رحمه الله (ويجب أن يكون عدلا أمينا عالما بالقسمة) لانه من جنس عمل القضاء ولانه لا بد من الاعتماد على قوله والقدرة على القسمة وذلك بالامانة والعلم قال رحمه الله (ولا يتعين قاسم واحد) لانه لو تعين لتحكم بالزيادة على أجر مثله ولهذا لم يجبرهم الحاكم أن يستأجروه ولان القسمة فيها معنى المبادلة وهي تشبه القضاء على ما بينا ولا جبر فيهما ولو اصطلحوا فاقتسموا جاز لما ذكرنا أن فيها معنى المبادلة وهي تشبه القضاء فتجوز بالتراضي كسائر المعاوضات والتحكيم الا اذا كان فيهم صغير لان تصرفه لا ينفذ ولا ولاية لهم عليه قال رحمه الله (ولا يشترك القسام) أي يمنعهم القاضي من الاشتراك كي لا يتضرر الناس لان الاجرة تصير بذلك غالية

(قوله لانهم اذا اشتركوا يتواكلون) التواكل أن يكل بعضهم الامر الى البعض قاله الاتقانى رحمه الله (قوله عند أبى حنيفة) وقول مالك كقول أبى حنيفة ذكره أبو القاسم بن الجلاب البصرى اه غاية (قوله وقالا على قدر الانصباء) وبه قال الشافعى وأحمد وأصبغ المالكى اه عينى وكتب مانصه وثمرة (٣٦٦) الاختلاف تظهر فيما اذا كان المال بين ثلاثة لاحدهم سدسه وللآخر ثلثه وللآخر نصفه فأجرة القسام عليهم أثلاثا عنده وعندهما اسداسا اه غاية (قوله باعتبار كسور فيه) فلما كان كذلك لم يلتفت الى القلة والكثرة لان فى صعوبة كل خفاء فاعتبر أصل التمييز وهما فيه سواء كما فى السفر لما كان فى المشقة خفاء أدير الحكم على نفس السفر اه اتقانى (قوله فلا يلزمه) قال فى مختصر الاسرار قال أبو حنيفة أجرة القسام على عدد الرؤس دون الانصباء الا فى الكيل والموزون فانها تكون على عدد الانصباء اه اتقانى (قوله حتى لو حدثت الزيادة منها قبل القسمة الخ) وتقضى منها الديون ولهذا الوصى بعبده لانسان ثم مات وهو يخرج من ثلثه ثم زادت قيمته قبل القسمة لم يسلم كله له وبعد القسمة ينقطع حق الميت بالكلية حتى كانت الزيادة لمن وقع فى قسمه فاذا تعدى المتصرف الى الميت بقطع حقه لم يكن بد من اقامة البينة بخلاف الموروث المنقول لان فى قسمته نظرا للميت لحفظ ماله لانه لو هلك هلك على الميت ولا هلاك فى العقار اه غاية ﴿فرع﴾ فرع آخر اه ﴿فرع﴾ الزوائد الحادثة قبل القسمة تحدث على ملك الميت حتى لو كانت التركة شجرة فأثمرت كانت الثمرة له حتى تقضى منها ديونه وتنفذ منها وصاياه اه بدائع فى القسمة (قوله لو كان مكان الوارث وصى) يعنى اذا أقر الوصى بدين على الميت يدعيه انسان يكلف المدعى اقامة البينة ويكون الوصى خصما له وان كان مقرا اه

لانهم اذا اشتركوا يتواكلون وعند عدم الشركة يتبادرون اليها خشية الفوت فيرخص الاجر بسبب ذلك ثم أجرة القسمة على عدد الرؤس عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا على قدر الانصباء لانه مؤنة الملك فيتقدر بقدره كأجرة الكيال والوزان وحفر البئر المشترك وحمل الطعام المشترك وغسل الثوب المشترك ونفقة الشئ المشترك وكبناء الجدار المشترك وتطيين السطح المشترك ولان المقصود بالقسمة أن توصل كل واحد منهم الى الانتفاع بنصيبه ومنفعة نصيب صاحب الكثير أكثر فتكون مؤنته عليه أكثر وهذا تطير زوائد العين المشتركة لما كان ما يحصل منها لصاحب الكثير أكثر كانت مؤنة العين عليه أكثر ولابى حنيفة رحمه الله أن الاجر مقابل بالتمييز وانه لا يتفاوت وربما يصعب الحساب بالنظر الى القليل وقد ينعكس الامر باعتبار كسور فيه فيتعذر اعتباره ألا ترى انه لا يتصور تمييز القليل من الكثير الا بما يفعله فيهما فيتعلق الحكم بأصل التمييز لان عمل الافراز واقع لهما جملة بخلاف حفر البئر لان الاجر مقابل بنقل التراب وهو متفاوت والكيل والوزن ان كان للقسمة قيل هو على الخلاف فلا يرد وان لم يكن للقسمة فالاجر مقابل بعمل الكيل والوزن لا بالتمييز وعمل الكيل والوزن يتفاوت ولو أطلقنا الجواب ولم نفرق بين أن يكون الكيل والوزن للقسمة أو لغيره وأوجبنا فى الكل على قدر الانصباء كان العذر له فيه ما ذكرنا من أن الاجر مقابل بعمل الكيل والوزن وهو متفاوت فلا يلزمه واليه مال شمس الائمة السرخسى ومال بعضهم الى الاول فأوجب الاجر على السواء ان كان للقسمة والا فعلى قدر الانصباء وفى الحمل الاجر مقابل بالنقل وهو يتفاوت بخلاف التمييز وفى الغسل مقابل بالتنظيف فيتقدر بقدر الملك لانه يتفاوت وبخلاف النفقة لانها لابقاء الملك فتتفاوت بتفاوته وفى البناء والتطيين الاجر مقابل بنفس البناء والتطيين وهو مقدر بالمكان بخلاف التمييز والزوائد تتولد من الملك فتستحق بقدر الملك وروى الحسن عن أبى حنيفة رضى الله عنه أن الاجرة على الطالب للقسمة دون الممتنع لان الطالب هو المنتفع بالقسمة دون الآخر قال رحمه الله (ولا يقسم العقار بين الورثة باقرارهم حتى يبرهنوا على الموت وعدد الورثة) وهذا عند أبى حنيفة رضى الله عنه وقالا يقسم باعترافهم لان اليد دليل الملك لانه فى أيديهم والاقرار دليل الصدق ولا منازع لهم فيقسم بينهم فصار كما اذا كان الموروث منقولا أو كان العقار مشترى وهذا لانهم لا منكر لهم ولا بينة الا على المنكر فلا تفيد البينة بلا انكار لكنه يذكر فى كتاب القسمة أنه قسمه باعترافهم ليقتصر عليهم ولا يتعداهم حتى لا يعتق أمهات أولاده ولا مدبروه لعدم ثبوت موته فى حقهم بخلاف ما اذا كانت القسمة ببينة ولابى حنيفة رحمه الله أن القسمة قضاء على الميت اذ التركة مبقاة على ملكه قبل القسمة حتى لو حدثت الزيادة منها قبل القسمة تنفذ وصاياه فيها بخلاف ما بعد القسمة واذا كان قضاء على الميت فالاقرار منهم ليس بحجة عليه فلا بد من البينة وقد أمكن ذلك بجعل أحدهم خصما عن الميت وغيره عن أنفسهم لان الوارث نائب عنه واقرار الخصم لا يمنع من قبول البينة اذا كان فى قبولها فائدة ألا ترى انه لو ادعى انسان على ميت دينا فأقر الوارث بذلك فأقام المدعى بينة تقبل بينته لانها تثبت الدين على الميت حتى يقدم على الورثة كلهم ويزاحم الغرماء ولا كذلك اذا كان ثبوته باقرار الوارث فانه لا يثبت الا فى حقه خاصة وكذا الجواب لو كان مكان الوارث وصى والمسئلة بحالها بخلاف المنقول لان فى القسمة فيه نظرا لانه يخشى عليه التلف وفى القسمة حفظه وجعله

التركة قبل القسمة مبقاة على ملك الميت لكنها تصير ملكا للورثة من وجه كما سيأتى مضمونا

(قوله في المتن ويقسم في المنقول) قال الاتقاني قال في شرح الاقطع هذا الذي ذكره استحسان والقياس أن لا يقسمه لما ذكرنا في العقار اه (قوله في المتن والعقار المشترى) قال في الهداية ولو ادعوا أنهم اشتروه وقسموه بينهم قال الاتقاني هذا لفظ القدوري أيضا قال في شرح الاقطع هكذا ذكره محمد في كتاب القسمة وذكر في الجامع الصغير أنه لا يقسم حتى يقيموا البينة على الملك وجه الرواية الاولى أن البيع بعد القبض ليس على ملك البائع (١) فيه حق ملك فتقسم بقولهم ووجه رواية الجامع الصغير أنهم اعترفوا بالملك للبائع وادعوا انتقاله اليهم فلا يقبل الا ببينة كما لو ادعوا الميراث والفرق بينهما أن قسمة الميراث تقتضي الحكم بالموت وذلك يتعلق به أحكام كثيرة منها حلول الدين وعتق أمهات الاولاد والمدبرين وهذه الاحكام لا يجوز اثباتها بقول الوارث فلهذا لم يحكم في الميراث بقولهم وليس كذلك الشراء اه (قوله ولم يذكروا كيف انتقل اليهم) يعني لم يذكر سبب الانتقال اليهم من الشراء والارث وغيرهما وذلك لان من في يده شيء فالظاهر أنه له فتقبل قولهم في القسمة اه اتقاني (قوله وهذا رواية كتاب القسمة) أي من المبسوط اه اتقاني (قوله ثم قيل هو الخ) أي المذكور في الجامع الصغير وهو قوله لم يقسمها حتى يقيما البينة على الملك قول أبي حنيفة خاصة لا قوله لان عند أبي حنيفة في الميراث لا يقسم بدون البينة وهذا العقار

مضمونا على القابض فتعينت القسمة اذ القاضي نصب ناظرا والعقار تضمن بنفسه وهو غير مضمون بالقبض عنه فلا حاجة الى القسمة بغير ثبوت وبخلاف العقار المشترى لان المبيع زال عن ملك البائع قبل القسمة فلا يمكن ابقاؤه فلم تكن القسمة قضاء على الغير على أنه روى عن أبي حنيفة رضي الله عنه في غير رواية الاصول أن العقار المشترى أيضا لا يقسم لانه تضمن بنفسه فلا يخشى عليه التلف فلا حاجة فيه الى القسمة فسوى في هذه الرواية بين المشترى والموروث والفرق على ظاهر الرواية ما ذكرناه وهو أن القسمة تكون قضاء على الميت في الموروث لبقاء ملكه فيه ولا تكون قضاء على البائع لعدم ملكه فيه لانه خرج عن ملكه بالبيع قال رحمه الله (ويقسم في المنقول والعقار المشترى ودعوى الملك) أي يقسم في المنقول الموروث والعقار المشترى وفيما اذا ادعوا الملك ولم يذكروا كيفية انتقاله اليهم بقولهم من غير اقامة البينة أما في المنقول الموروث والعقار المشترى فلما بينا من المعنى والفرق وأما فيما اذا ادعوا الملك ولم يذكروا كيف انتقل اليهم فلانه ليس في القسمة قضاء على الغير فانهم لم يقروا بالملك لغيرهم فيكون مقتصرا عليهم فيجوز وهذا رواية كتاب القسمة وفي الجامع الصغير أرض ادعاها رجلان وأقاما البينة انها في أيديهما وأرادا القسمة لم يقسمها حتى يقيما البينة أنها لهما لاحتمال أن تكون لغيرهما ثم قيل هو قول أبي حنيفة رحمه الله وقيل هو قول الكل وهو الاصح لان القسمة انما تكون لما لحق الملك تتميما للمنفعة أو لحق اليد تتميما للحفظ فالاول ممتنع لعدم الملك والثاني غير محتاج اليه لكونها محصنة بنفسها قال رحمه الله (ولو برهنا أن العقار في أيديهما لم يقسم حتى يبرهنا أنه لهما) أي لو أقام رجلان بينة أن العقار في أيديهما وطلبا من القاضي أن يقسمه بينهما لا يقسمه بينهما حتى يقيما البينة أن العقار ملكهما لاحتمال أن يكون هو لغيرهما وهذا هو المذكور في الجامع الصغير وقد بينا الوجه فيه والمصنف رحمه الله ذكر هذه المسئلة بعينها قبيل هذا بقوله ودعوى الملك لان المراد فيها أن يدعوا الملك ولم يذكروا كيف انتقل اليهم ولم يشترط فيها اقامة البينة على أنه ملكهم وهو رواية القدوري وشرط ههنا وهو رواية الجامع الصغير وكان ينبغي أن يبين اختلاف الروايتين بان يقول في الجامع الصغير كذا وفي مختصر القدوري كذا لان الصور متحدة غير أن فيها اختلاف الروايتين كما رأيت وفي مثله تبين الروايتان ولا يذكرون كل واحدة على حدة لان ذلك يوهم باختلاف الصور على أنه لا يليق في مثل هذا المختصر الاذكر احدى الروايتين قال رحمه الله (ولو برهنا على الموت وعدد الورثة والدار في أيديهم ومعهم وارث غائب أو صبي قسم ونصب وكيل أو وصي يقبض نصيبه) أي وكيل يقبض نصيب الغائب أو وصي يقبض نصيب الصبي لان في نصبه نظرا للصغير والغائب ولا بد من اقامة البينة عند أبي حنيفة رحمه الله لما بينا في المسئلة الاولى بل أولى لان في هذه القسمة قضاء على الغائب والصغير وعندهما يقسم بقولهم على نحو ما ذكرنا ويشهد أنه قسمها باعتراف الحاضرين فان الصغير أو الغائب على حجته قال رحمه الله (ولو كانوا مشترين وغاب أحدهم أو كان العقار في يد الوارث الغائب أو حضر وارث واحد لم يقسم) أي لم يقسم المال المشترك مع غيبة بعضهم في هذه الصور كلها أما اذا كانوا مشترين فلان الملك الثابت ملك جديد بسبب باشره ولهذا لا يرد بالعيب على بائع بائعه فلا يصلح الحاضر خصما عن الغائب بخلاف الارث لان الملك الثابت به ملك خلافة حتى يرد بالعيب فيما اشتراه

يحتمل أن يكون موروثا وغير موروث فلا يقسم احتياطا وعندهما يقسم في الموروث بدون البينة فههنا أولى اه اتقاني (قوله وقيل هو) أي قول محمد في الجامع الصغير اه (قوله في المتن ولو برهنا على الموت الخ) هذا اذا لم تكن الدار في يد الغائب أو شيء منها فاذا كان في يده شيء لم يقسمها وسيجيء بيانه بعد هذا اه اتقاني

(١) قول المحشي فيه حق ملك هكذا في الاصل ولعل في العبارة نقصا فلتحرر اه مصححه

الوارث ويرد عليه فيما باعه هو ويصير مغرورا بشراء الوارث فانتصب أحدهما خصما عن الميت فيما في يده والآخر عن نفسه فصارت القسمة قضاء بحضرة الخصمين وصح القضاء لقيام البينة على خصم حاضر وفي الشراء قامت على خصم غائب فلا تقبل ولا يقضى عليه وأما اذا كان العقار في يد الوارث الغائب فلأن في القسمة قضاء على الغائب باخراج الشئ من يده من غير خصم حاضر عنه وكذا اذا كان بعضه في يده والباقي في يد الحاضر وكذا اذا كان في يد مودعه أو في يد الصغير أو شئ منه لانه يكون قضاء على الغائب أو على الصغير من غير خصم حاضر عنه لان الامين أو الصغير ليس بخصم ولا فرق في هذا الفصل بين اقامة البينة وعدمها في الصحيح وفي بعض روايات المبسوط وغيره يقسم اذا أقام الحاضرون البينة على الموت وعدد الورثة لانها قامت لاثبات ولاية القاضي في تركة الميت فتقبل ولان الورثة ينتصبون خصما عن الميت وينتصب بعضهم خصما عن بعض وقلما يكون الورثة كلهم حضورا فلو لم يقبل القاضي البينة لتضرروا وهو مدفوع وجوابه ما بينا وأما اذا حضر وارث واحد فلانه لا يصلح أن يكون مخاصما ومخاصما فكذا لا يصلح مقاسما ومقاسما فلا بد من حضور شخصين على ما بينا لانه ان كان خصما عن نفسه فليس أحد يخصم عن الميت والغائب وان كان خصما عنهما فليس أحد يخاصمه عن نفسه ليقيم البينة عليه فتعذر الحكم بخلاف ما اذا كان الحاضر اثنين وعن أبي يوسف رحمه الله أن القاضي ينصب عن الغائب خصما ويسمع البينة عليه ويقسم الدار وجه الظاهر أن التركة قبل القسمة وان كانت مبقاة على حكم ملك الميت صارت ملكا للورثة من وجه حتى لو أعتق واحد منهم عبدا من التركة قبل القسمة نفذ عتقه في نصيبه فكان كل واحد منهم طالبا لا رتفاق في نصيبه فتكون القسمة على هذا التقدير قضاء على الغائب من غير خصم حاضر عنه ولئن جاز للقاضي نصب الوصي من حيث انه دعوى على الميت لا يجوز له نصب الوصي من حيث انه دعوى على شركائه الغيب فلا يجوز له نصب الوصي بالشك بخلاف ما اذا ادعى أجنبي على الميت دينا حيث يجوز له نصب الوصي عن الميت لانه دعوى على الميت من كل وجه وللقاضي أن ينصب الاوصياء عن الموتى لا عن الاحياء واذا تعذر نصب الوصي والواحد لا يصلح خصما عن الميت وعن سائر الشركاء وان يكون مدعيا ومدعى عليه تعذر قبول البينة لانها لا تقبل من غير خصم حاضر ولو كان الحاضر صغيرا وكبيرا نصب القاضي عن الصغير وصيا وقسم اذا أقيمت البينة لان الدعوى على الصبي الحاضر صحيحة كالكبير الحاضر الا أنه عجز عن الجواب فينصب القاضي عنه وصيا ليجيب عنه خصمه بخلاف ما اذا كان الصغير غائبا لان الدعوى عليه غير صحيحة كالكبير الغائب وكذا اذا حضر وارث كبير وموصى له بالثلث في الدار وطلبا القسمة وأقاما البينة على الميراث والوصية يقسم لان الموصى له شريك في الدار فصار كواحد من الورثة فانتصب هو خصما عن نفسه والوارث عن الميت وعن بقية الورثة فصار كالو حضر وارثان ولو حضر الموصى له وحده وادعى لا تسمع بينته ولا يقسم لعدم الخصم عن الميت ذكره في الذخيرة قال رحمه الله (وقسم بطلب أحدهم لو انتفع كل بنصيبه) لان فيها تكميل المنفعة اذا كان كل واحد منهم ينتفع بنصيبه بعد القسمة فكانت القسمة حقا لهم فوجب على القاضي اجابتهم قال رحمه الله (وان تضرر الكل لم يقسم الا برضاهم) وذلك مثل البئر والرحا والحائط والحمام لان القسمة لتكميل المنفعة وفي هذا تفويتها فيعود على موضوعه بالنقض وهذا لان الطالب للقسمة متعنت وهو يريد ادخال الضرر على غيره مع ذلك فلا يجيبه الحاكم اليه لانه اشتغال بما لا يفيد بل بما يضر ويجوز بالتراضي لان الحق لهم وهم أعرف بحاجتهم ولكن القاضي لا يباشر ذلك وان طلبوا منه لان القاضي لا يشتغل بما لا فائدة فيه ولا سيما اذا كان فيه اضرار أو اضاعة للمال لان ذلك حرام ولا يمنعهم من ذلك لان القاضي لا يمنع من أقدم على اتلاف ماله في الحكم وهذا من جملته قال رحمه الله (وان انتفع البعض وتضرر البعض لقلة حظه قسم بطلب ذي الكثير فقط)

(قوله ولا فرق في هذا الفصل) أي في أنه لا يقسم اذا كان العقار في يد الوارث (قوله اذا أقام الحاضرون البينة الخ) واليه ذهب صاحب الهداية حيث قال وان كانت الدار في يد الغائب أو في يد الصغير أو في أيديهما منها شئ فانه لا يقسم حتى تقوم البينة على الميراث وعدد الورثة بالاتفاق اه غاية

(قوله كذا ذكر الخصاف) يعني في أدب القاضي اه (قوله والاصح ما ذكره الخصاف) قال في الهداية والاصح المذكور في الكتاب قال الاتقاني أي في مختصر القدوري وهو الاول أي المذكور في الكتاب هو المذكور أولا وهو أنه لا يقسم الا اذا طلب صاحب القليل لان تعنت والتعنت طلب العنت وهو المشقة وقال الاتقاني قبل هذا ما نصه (٣٦٩) وقال في الفتاوى الصغرى داران بين رجلين طلبا

أي صاحب الكثير كذا ذكر الخصاف رحمه الله ووجهه أن صاحب الكثير يطلب من القاضي أن يخصه بالانتفاع بملكه ويمنع غيره عن الانتفاع بملكه وهذا منه طلب الحق والانصاف فان له أن يمنع غيره من الانتفاع بملكه فوجب على القاضي أن يجيبه اليه لانه نصب لايصال الحقوق الى أهلها ودفع المظالم ولا يعتبر تضرر الآخر لانه يريد أن ينتفع بملك غيره فلا يمكن من ذلك وان لحقه بالمنع ضرر ولو طلب صاحب القليل مع أنه لا ينتفع به لا يجيبه لانه متعنت في طلب الضرر على نفسه لان القاضي لا يشتغل بما لا يفيد وذكر الخصاف على عكسه لان صاحب الكثير يريد الاضرار بغيره والآخر راض بضرر نفسه فيجيبه وذكر الحاكم أن أيهما طلب القسمة يقسم القاضي لانه ان طلب صاحب القليل القسمة فقد رضي بضرر نفسه وان طلبها صاحب الكثير فقد طلب أن ينتفع بنصيبه فيجيب كل واحد منهما والاصح ما ذكره الخصاف لان القاضي يجب عليه ايصال الحق الى مستحقه وفي طلب صاحب الكثير ذلك ولا يلزمه أن يجيبهم الى اضرار أنفسهم وفي طلب صاحب القليل ذلك وقال ابن أبي ليلى لا يقسم بطلب البعض الا اذا كان كل واحد من الشركاء ينتفع بنصيبه لان المقصود بالقسمة تكميل المنفعة وتحصيلها لانفويتها والمعتبر فيها المعادلة بينهم في المنفعة واذا أدت القسمة الى الاضرار بالبعض لم تكن مشروعة لانها تقع على ضرر فصار كما اذا كان كلهم لا ينتفعون وكما اذا طلب صاحب القليل قلنا ان طالب القسمة يطلب حقه وأن ينتفع بملكه ويمنع غيره من الانتفاع بملكه فيجب على القاضي ايصال حقه على ما بينا والضرر الذي يلحقه بمنع الانتفاع بملك الغير لا يعتد ضررا فلا يبالي به ولا يمنع الحكم بالعدل كما في سائر المواضع لان المحكوم عليه لا بد له من الضرر ولو كان ذلك مانعا من الحكم بالعدل لما وصل أحد الى حقه قال رحمه الله (ويقسم العروض من جنس واحد) لان اعتبار المعادلة في المنفعة والمالية ممكن عند اتحاد الجنس لاتحاد المقصود فيه فيقع تمييز افعال القاضي الاجبار عليها قال رحمه الله (ولا يقسم جنسان مختلفان كالحيوان والجواهر والرقيق والحمام والبئر والرحا الا برضاهم) أما الجنسان فلعدم الاختلاط بينهما فلا تقع القسمة تمييزا بل تقع معاوضة فيعتبر التراضي دون جبر القاضي لان اجباره عليها على اعتبار التمييز وأما الجواهر فلان جهالتها متفاحشة ألا ترى أنها لا يصلح شيء منها المعين منها عوضا عما ليس بمال كالنكاح والخلع وقيل لا تقسم الكبار منها للتفاوت وتقسم الصغار لقلة التفاوت وقيل اذا اختلف جنسها لا تقسم وان اتحد تقسم كسائر الاجناس وأما الرقيق فالمذكور هنا قول أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تجوز قسمة الرقيق لاتحاد الجنس والتفاوت في الجنس الواحد لا يمنع القسمة كما في الابل والغنم ولهذا يقسم الرقيق في الغنيمة بين الغانمين وصح تسميته في النكاح مهرا ونحوه ولابي حنيفة رحمه الله أن التفاوت في الرقيق فاحش لتفاوت المعاني الباطنة كالذهن والكياسة لان من العبيد من يصلح للامانة ويعتمد على كلامه ويحسن التجارة وغيرها من الصنائع كالكتابة ومنهم من لا يصلح لشيء منها فلا يمكن جمع نصيب كل واحد منهم في واحد فتعذر الافراز والتمييز فلا تكون قسمة وانما هي مبادلة ولا جبر عليها بخلاف سائر الحيوانات لان الانتفاع بها لا يختلف الا شيأ يسيرا وذلك مغتفر في القسمة ألا ترى أن الذكر والانثى من بني آدم جنسان مختلفان ومن الحيوان جنس واحد فلا يجوز القياس عليه وكذا لو اشترى المضارب عبدين وقيمة كل واحد منهما قدر رأس المال لم يتعين الربح

القسمة جميعا وتراضيا بذلك وليس نصيب كل منهما مما ينتفع به فان القاضي يقسم ذلك بينهما لان الملك لهما وقد تراضيا بهذا الضرر وان طلب أحدهما القسمة وأبى الآخر لم يقسم القاضي بينهما لان الطالب متعنت مضر بالآخر وان كان الضرر يدخل على أحدهما بأن كان نصيبه قليلا بحيث لا يبقى منتفعا به بعد القسمة ونصيب الآخر كثير يبقى منتفعا به بعد القسمة فطلب صاحب الكثير القسمة وأبى الآخر فالقاضي يقسم وان طلب صاحب القليل وأبى الآخر لا يقسم هكذا ذكر الخصاف يعني في أدب القاضي وذكر الخصاف على عكس هذا وما ذكره الخصاف أصح وذكر في قسمة الواقعات داران بين شريكين لاحدهما كثير والآخر قليل لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة طلب صاحب الكثير القسمة وأبى صاحب القليل قسمت الدار بينهما بالاتفاق فان طلب صاحب القليل وأبى صاحب الكثير قال الكرخي في مختصره لا يقسم واليه مال الفقيه أبو الليث وجعل هذا قول أصحابنا وبه أخذ شمس الائمة السرخسي وشيخ الاسلام الاسبيجابي وذكر الحاكم الجليل في مختصره انه يقسم واليه ذهب شيخ الاسلام خواهر زاده وعليه الفتوى وهذا خلاف ما ذكر في أدب القاضي الى هنا لفظ الفتاوى الصغرى وقال الحاكم الشهيد في مختصره انما أمنع القسمة اذا كان الضرر عليهما جميعا وان كان الضرر على أحدهما دون الآخر قسمة أيهما طلب القسمة الى هنا لفظ الحاكم اه غاية

ولو كان الرقيق كالجنس الواحد لتبين كالثوبين والفرسين وقسمة الغنائم تجري في الاجناس فلا تلزم لان حق الغانمين تعلق بالمالية دون العين حتى كان للامام أن يبيع الغنائم ويقسم الثمن بينهم وفي غير الغنائم ليس له أن يبيع ملك غيره الا باذن صاحبه فامتنع القسمة فيه لانها مبادلة وهذا الخلاف فيما اذا كان الرقيق وحده هم وليس معهم شئ آخر من العروض وهم ذكور فقط أوإناث فقط وأما اذا كانوا مختلطين بين الذكور والاناث لايقسم بالاجماع لان الذكور والاناث من بني آدم جنسان لاختلاف المقاصد على ما عرف ولا يقسم الجنسان وان كان مع الرقيق شئ آخر مما يقسم جازت القسمة في الرقيق تبعا لغيرهم بالاجماع ويجبرهم القاضي بطلب البعض وكم من شئ يدخل تبعا وان لم يجز دخوله قصدا كبيع الشرب والطريق يدخل في بيع الارض تبعا ولا يجوز بيعه وحده وأما الحمام والبئر والرحا فلما ذكرنا من الحاق الاضرار بالكل قال رحمه الله (دور مشتركة أودار وضيعة أودار وحانوت قسم كل واحد على حدة) أما الدور المشتركة فالمذكور هنا قول أبي حنيفة رضي الله عنه وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تقسم الدور بعضها في بعض اذا كانت في مصر واحد وكانت القسمة أصلح لهم لان الدور جنس واحد نظرا الى اتحاد الاسم والصورة وأصل السكنى أجناس نظرا الى اختلاف الاغراض وتفاوت منفعة السكنى باختلاف المحال فكان مفوضا الى رأي القاضي وهذا الان المعتبر في القسمة تكميل المنفعة والمعادلة فيها وفي المالية والمقصود دفع الضرر عن الشركاء واذا قسم كل دار على حدة ربما يتضرر كل واحد منهم لتفرق نصيبه واذا قسم الكل قسمة واحدة يجتمع نصيب كل واحد منهم في دار واحدة وينتفع بذلك والقاضي نصب ناظرا فكان الرأي اليه ولابي حنيفة رحمه الله أن الدور أجناس مختلفة لان المقصود يختلف باختلاف المحال والجيران والقرب الى المسجد والماء اختلافا فاحشا فلا يمكن التعديل في القسمة فلا يجوز جمع نصيب كل واحد منهم في دار الا بالتراضي ألا ترى أن التوكيل بشراء دار لا يجوز وكذا التزوج بها كما هو الحكم في التوكيل بشراء ثوب وفي التزوج على ثوب وهذا يؤذن بأن الجنس مختلف فهذا هو الاصل لامتناع القسمة ولا تجوز الا في متحد الجنس فيقسم كل مكيل وموزون ومعدود متقارب كالقمح يقسم بانفراده وكذا الشعير ولا يجمع بينهما في القسمة الا بتراضيهم وكذا الابل والبقر والغنم يقسم كل جنس منه بانفراده ولا يجمع لما ذكرنا وكذا الثياب الهروية والمروية وتبر الذهب والفضة والنحاس والاواني منها يقسم كل جنس على حدة ولا يجمع بين الاجناس لما ذكرنا واختلاف بيوت دار واحدة لا يمنع القسمة لان في قسمة كل بيت على حدة ضررا وكذا اذا كانت في محلة أو محال لما ذكرنا من الضرر والتفاوت أيضا يسير بخلاف الدور والمنازل المتلازقة كالبيوت والمتباينة كالدور لانه بين الدار والبيت فاصل مشترك من كل واحد منهما والدور في مصرين لا تقسم بالاجماع فيما رواه هلال وعن محمد رحمه الله أنها تقسم وأما الدور الضيعة أو الدور والحانوت فلاختلاف الجنس ذكره الخصاف رحمه الله وقال في اجارة الاصل إن اجارة الدار منافع الحانوت لا تجوز وهذا يدل على أنهما جنس واحد فيحتمل أن يكون في المسئلة روايتان أو تبنى حرمة الربا فيها على شبهة المجانسة قال رحمه الله (ويصور القاسم ما يقسمه) أي على قرطاس ليمكنه حفظه قال رحمه الله (ويعدله) أي يسويه على سهام القسمة ويروي ويعزله أي يقطعه بالقسمة عن غيره قال رحمه الله (ويذرعه ويقوم البناء) لان قدر المساحة يعرف بالذرع والمالية بالتقويم ولا بد من معرفتهما ليمكنه التسوية في المالية (١) ولا بد من تقويم الارض وذرع البناء لما ذكرنا قال رحمه الله (ويشرز كل نصيب بطريقه وشربه) لان القسمة لتكميل المنفعة وبه تكمل لانه اذا لم يفرز يبقى لنصيب بعضهم تعلق بنصيب الآخر فلم يحصل الانفصال من كل وجه وهذا بيان الافضل فان لم يفرز أو لم يمكن جاز قال رحمه الله (ويلقب الانصباء بالاول والثاني

في أدب القاضي ان كانت دار وأرض أودار وحانوت لم يجمع نصيب كل واحد من ذلك في أحد الصنفين وقسم كل واحد من ذلك بينهم على حدته الى هنا لفظ الخصاف رحمه الله وانما خص الخصاف بالذكر لان المسئلة لم تذكر في كتب محمد ولا ذكرها الطحاوي والكرخي في مختصريهما اه غاية (قوله وهذا يدل على أنهما جنس واحد) أي فاذا كانا جنسا واحدا يقسمان قسمة واحدة (قوله في المتن ويلقب الانصباء بالاول الخ) قال العلامة حافظ الدين النسفي مؤلف المتن رحمه الله في شرح النافع المسمى بالمستصفى مانصه قال الشيخ الامام شمس الدين الكردري صورته اذا كان لاحدهم نصف وللآخر ثلث وللثالث سدس يلقب النصف بالاول والثلث بالثاني والسدس بالثالث فان خرج السدس أولا يدفع من السهم الاول وهو النصف فان خرج بعده النصف يضم الى ما يليه حتى يتم له النصف ويدفع الى صاحبه ثم وثم الخ اه فقوله في المتن فان خرج اسمه أولا فله السهم الاول ظاهر فيما اذا خرج أولا اسم صاحب الاول وهو النصف في هذا المثال أما اذا خرج أولا اسم صاحب الثاني وهو الثلث أو الثالث وهو السدس فليس له السهم الاول بل له من السهم الاول لا كله وهو ظاهر فتنبه والله الموفق اه

(١) قول الشارح ولا بد من تقويم الارض وذرع البناء كذا في النسخ وصوابه العكس كما هو ظاهر اه من هامش بعض النسخ كتبه مصححه

والثالث ويكتب أسامیهم ويقرع فمن خرج اسمه أولا فله السهم الاول ومن خرج ثانيا فله السهم الثاني) فالقرعة لتطييب قلوبهم حتى لو قسم الامام بلا قرعة جاز لانه في معنى القضاء فيملك الالزام ولقب الانصباء ليتمكن من الالزام عند خروج قرعة كل واحد منهم وكيفيته أن ينظر الى أقل الانصباء فيقدر به أجزاء السهام حتى اذا كان العقار مشتركا بين ثلاثة نفر لاحدهم النصف وللآخر الثلث وللآخر السدس جعله أسداسا لانه أقل فيكون لصاحب النصف ثلاثة أسداس ولصاحب الثلث سدسان وللثالث السدس يلقب النصيب من أي جانب شاء بالاول ثم الذي يليه بالثاني ثم الذي يليه بالثالث ثم يكتب أسامي الشركاء في بطاقات فيطوي كل بطاقة ويجعلها شبه البندقة ويدخلها في طين ثم يخرجها حتى اذا انشقت وهي مثل البندقة يدلكها ثم يجعلها في وعاء أو كمه ثم يخرج واحدا بعد واحد فمن خرج اسمه أولا فله السهم الاول ومن خرج ثانيا فله السهم الثاني الى أن ينتهي الى الاخير فان خرج أولا في المثال الذي ذكرناه اسم صاحب النصف كان له ثلاثة أسداس من الجانب الملقب بالاول وان خرج ثانيا كان له كذلك من الذي يلي الاول وان خرج ثالثا كان له كذلك من الذي يلي الثاني وعلى هذا كل واحد منهم ولا يقال تعليق الاستحقاق بالقرعة قمار وهو حرام لانا نقول لا يحصل الاستحقاق بالقرعة لان الاستحقاق كان ثابتا قبله وكان للقاضي ولاية الزام كل واحد منهم النصيب وانما صير اليه لتطييب قلوبهم وهذا ليس بقمار وانما القمار على زعمهم اسم لما يستحقون به شيأ لم يكن لهم قبل لا مثل هذه فان هذه مشروعة كما أخبر الله تعالى حكاية عن يونس وزكريا عليهما الصلاة والسلام والقمار غير مشروع قال رحمه الله (ولا تدخل في القسمة الدراهم الا برضاهم) لانه لا شركة فيها وبثوبت به التعديل أيضا في القسمة لان بعضهم يصل الى عين المال المشترك في الحال ودراهم الآخر في الذمة فيخشى عليها التوى ولان الجنسين المشتركين لا يقسم فانه ذلك عند عدم الاشتراك واذا كان أرضا وبناء فعن أبي يوسف رحمه الله أنه يقسم باعتبار القيمة لانه لا يمكن اعتبار التعديل فيه الا بالتقويم لان تعديل البناء لا يمكن بالمساحة وعن أبي حنيفة رحمه الله أن الارض تقسم بالمساحة والمساحة هي الاصل في الممسوحات ثم يرد من وقع في نصيبه البناء أو من كان نصيبه أجود دراهم على الآخر حتى يساويه فتدخل الدراهم في القسمة ضرورة كالخ لا ولاية له في المال ثم علك تسمية الصداق ضرورة صحة التزويج وعن محمد رحمه الله أنه يرد على ثمن بكه مقابلة البناء ما يساويه من العرصة فاذا بقي فضل ولم يمكن تحقيق التسوية بأن لم تف العرصة بقيمة البناء فحينئذ يرد دراهم لان الضرورة في هذا القدر فلا يترك الاصل وهو القسمة بالمساحة الا بالضرورة وهذا موافق رواية الاصل قال رحمه الله (وان قسم ولاحدهم مسيل أو طريق في ملك الآخر لم يشترط في القسمة صرف عنه ان أمكن والا فسخت القسمة) لان المقصود من القسمة تكميل المنفعة باختصاص كل منهم بنصيبه وقطع أسباب تعلق حق كل واحد منهم بنصيب غيره فان أمكن صرفه حصل ذلك والا لم يحصل فكانت القسمة مختلة فتعين النسخ والاستئناف لنفي ضرر الاختلاط بخلاف البيع حيث لا يفسخ ولا يفسد البيع فيما اذا لم يتمكن المشتري من الاستطراق أو من تسييل الماء لان المقصود من البيع علك العين ولا يشترط فيه الانتفاع في الحال ولا كذلك القسمة لانها لتكميل المنفعة ولا يتصور الا بهما ولو ذكر الحقوق في الوجه الاول وهو ما اذا أمكن صرفه عن الآخر بأن قال هذا لك بحقوقه كان الجواب فيه مثل ما اذا لم يقل بحقوقه فيصرف عنه لان القسمة للتمييز على ما بينا وذلك بان لا يتعلق حق بعضهم بنصيب غيره وقد أمكن تحقيقه بصرفه عنه من غير ضرر فيصرف عنه الا اذا قال له خذ هذا بطريقه وشربه ومسيله فحينئذ لا يصرف عنه لانه أثبت له بأبلغ وجوه الاثبات بخلاف البيع اذا ذكر فيه الحقوق حيث يدخل فيه ما كان من الطريق والمسيل لانه أمكن تحقيق معنى البيع فيه وهو التمليك مع بقاء هذا التعلق علك غيره وفي الوجه الثاني وهو ما اذا لم يمكن صرف الطريق والمسيل عنه يدخل الطريق

(قوله فعن أبي يوسف أنه يقسم) أي كل ذلك اه (قوله ثم يرد من وقع في نصيبه البناء) أي دراهم على الآخر بقدر فضل البناء لانه أكثر قيمة من العرصة غالبا اه غاية (قوله أو من كان نصيبه أجود) أي سواء كان هو الذي أصاب البناء أو أصابه العرصة اه (قوله لا ولاية له في المال) أي مال اليتيم اه (قوله ولا يشترط فيه الانتفاع في الحال) أي كمن اشترى بجنبا أو مهرا صغيرا أو أرضا سبخة فانه يجوز اه

(قوله بخلاف الاجارة حيث يدخل فيها بدون ذكره) أي ذكر الحقوق اه (قوله أن يجعل بمقابلة شئ من العلو) أي بان يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ثلاثة وثلاثون وثلثا ذراع من البيت الكامل لان الذراع الواحد من البيت الكامل بمقابلة ثلاثة أذرع من العلو المجرد فاذا ضربت الثلاثة في ثلاثة وثلاثين وثلث ذراع يكون مائة فيستوي الثلاثة والثلاثون وثلث ذراع من البيت الكامل مع مائة ذراع من العلو المجرد اه (قوله فيقابل السفل) أي وهو ثلاثة وثلاثون وثلث ثلثي العلو وهو ستة وستون وثلثان اه (قوله فبقي العلو من البيت) أي وهو ثلاثة وثلاثون وثلث اه (قوله بقابل الباقي من العلو المجرد) أي وهو ثلاثة وثلاثون وثلث اه (قوله فاستويا الخ) فيجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ثلاثة وثلاثون ذراعا وثلث ذراع من البيت الكامل ويجعل بمقابلة مائة ذراع من السفل المجرد ستة وستون ذراعا وثلثا ذراع من البيت الكامل ويجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد خمسون ذراعا من السفل المجرد اه (قوله من السفل المجرد) أي وهو مائة ذراع اه (قوله قدر ثلثيه) أي وهو ستة وستون وثلثان اه (قوله لان السفل منه) أي من الكامل (قوله فبقي الثلث) أي وهو ثلاثة وثلاثون وثلث اه (قوله وتفسير قول أبي يوسف) قال الاتقاني وقول أبي يوسف أظهر لانه يجعل العلو والسفل سواء فيكون خمسون ذراعا من البيت الكامل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد أو السفل المجرد اه

والمسيل لان القسمة لتكميل المنفعة وذلك بالطريق والمسيل فيدخل عند التنصيص باعتبار أنه تكميل وفيها معنى الافراز وذلك بانقطاع التعلق فباعتباره لا يدخل من غير تنصيص بخلاف الاجارة حيث يدخل فيها بدون ذكره لان كل المقصود فيها الانتفاع وهو لا يحصل الا بدخول الحقوق فيدخل من غير ذكر ولو اختلفوا في ادخال الطريق في القسمة بان قال بعضهم لا يقسم الطريق بل يبقى مشتركا مثل ما كان قبل القسمة نظر فيه الحاكم فان كان يستقيم أن يفتح كل في نصيبه قسم الحاكم من غير طريق يرفع لجماعتهم تكميلا للمنفعة وتحقيقا للافراز من كل وجه وان كان لا يستقيم ذلك رفع طريقا بين جماعتهم ليتحقق تكميل المنفعة فيما وراء الطريق ولو اختلفوا في مقدار عرضه يجعل على قدر عرض باب الدار بطوله أي ارتفاعه حتى يخرج كل واحد منهم جناحا في نصيبه ان كان فوق الباب لا فيما دونه لان باب الدار طريق متفق عليه والمختلف فيه يرد الى المتفق عليه ولان في ذلك القدر كفاية في الدخول فكذا في السلوك فيبقى ملكهم في الطريق على قدر سهامهم من الدار لان القسمة وقعت فيما وراءه ولم تقع فيه فبقي على الشركة كما كان ولو شرطوا أن تكون الطريق في الدار على التفاوت جاز وان كانت سهامهم في الدار متساوية لان القسمة على التفاوت بالتراضي في غير الاموال الربوية جائزة وان كان ذلك أرضا يرفع قدر ما يمر فيه ثور لوقوع الكفاية به في المرور قال رحمه الله (سفل له علو وسفل مجرد وعلو مجرد قوم كل واحد على حدة وقسم بالقيمة) وهذا قول محمد وعليه الفتوى وقال أبو حنيفة وأبو يوسف يقسم بالذرع لان القسمة بالذرع هي الاصل في المذروع والكلام فيه والمعتبر التسوية في أصل السكنى لا في المرافق ولمحمد رحمه الله أن السفل يصلح لما لا يصلح له العلو كالبئر والسرداب والاصطبل وغيره فصار كالجنسين فلا يمكن التعديل الا بالقيمة ثم اختلف أبو حنيفة وأبو يوسف في كيفية القسمة بالذرع فقال أبو حنيفة ذراع من سفل بذراعين من علو وقال أبو يوسف ذراع بذراع قيل أجاب كل واحد منهم على عادة أهل عصره فان أبا حنيفة أجاب بناء على ما شاهد من عادة أهل الكوفة في اختيار السفل على العلو وأبو يوسف أجاب بناء على ما شاهد من عادة أهل بغداد في التسوية بين العلو والسفل في منفعة السكنى ومحمد أجاب على ما شاهد من اختلاف العادة في البلدان وقيل هو اختلاف حجة بينهم فان أبا حنيفة يقول لصاحب السفل منافع كثيرة وهي تبقى أيضا بعد انهدام العلو والعلو لا يبقى بعد انهدام السفل فكانت منفعته ضعف العلو ولصاحب العلو منفعة واحدة وهي منفعة السكنى وأبو يوسف يقول هما مستويان في الانتفاع فان لكل واحد من صاحب العلو والسفل أن يفعل ما لا يضر بالآخر حتى كان لصاحب العلو أن يبني اذا لم يضر بصاحب السفل ولصاحب السفل أن يحفر اذا لم يضر بصاحب العلو فاستويا في الانتفاع فيستويان في القسمة ومحمد يقول العلو والسفل بناء والمعادلة في قسمة البناء بالقيمة لان في بعض البلدان قيمة العلو أكثر كما في مكة ومصر وفي بعضها قيمة السفل أكثر كما في الكوفة وقيل في موضع تكثر النداوة فيه والسجن يختار العلو وفي كل موضع يشتد البرد ويكثر الريح فيه يختار السفل وربما يختلف ذلك أيضا باختلاف الاوقات كالصيف والشتاء فلا يمكن اعتبار المعادلة فيهما الا بالقيمة ثم قول محمد رحمه الله لا يحتاج الى التفسير وتفسير قول أبي حنيفة أن يجعل بمقابلة شئ من العلو المجرد قدر ثلثه من البيت الكامل لان السفل عنده ضعف العلو فيقابل السفل من البيت الكامل ثلثي العلو المجرد فبقي العلو من البيت الكامل يقابل الباقي من العلو المجرد وهو الثلث فاستويا ويجعل بمقابلة شئ من السفل المجرد قدر ثلثيه من البيت الكامل لان السفل منه مثل السفل من السفل المجرد فلا يتفاوتان فبقي الثلث من السفل المجرد يقابل العلو من البيت الكامل ويجعل بمقابلة شئ من العلو المجرد قدر نصفه من السفل المجرد لان السفل يقابل ضعفه من العلو وتفسير قول أبي يوسف أن يجعل بمقابلة شئ من السفل

قوله لتصحيح تصرفهما) أي فكانا متهمين اه (قوله لكن علق عتق عبده) أي بكلام رجلين فشهدا أنه قد كلمهما اه اتقاني قوله ولانه لا يصلح أن يكون مشهودا به) أي لان فعل أنفسهما الذي هو التمييز لا يصلح مشهودا به اه اتقاني (قوله لانه غير لازم) أي صحة الرجوع قبل القبض (قوله بالاجماع) وقيل الخلاف في الكل وهو الاصح (٢٧٣) فلذا أطلق في الكتاب اه عيني رحمه الله

السفل المجرد أو من العلو المجرد قدر نصفه من البيت الكامل فيقابل نصفه العلو نصفه الآخر السفل لاستواء العلو والسفل عنده ويجعل بعضا بازاء شئ من السفل المجرد قدره من العلو المجرد لما ذكرنا قال رحمه الله (وتقبل شهادة القاسمين ان اختلفوا) أي اذا أنكر بعض الشركاء بعد القسمة استيفاء نصيبه فشهد القاسمان أنه استوفى حقه تقبل شهادتهما سواء كانا من جهة القاضي أو من غيره وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد رحمه الله لا تقبل وهو قول أبي يوسف أولا وبه قال الشافعي رحمه الله وذكر الخصاف قول محمد مع قولهما لمحمد أنهما شهدا على فعل أنفسهما التصحيح تصرفهما فلا يقبل كمن علق عتق عبده بفعل غيره فشهد ذلك الغير على فعله ولهما أنهما شهدا على الاستيفاء والقبض وهو فعل غيرهما لان فعلهما التمييز لا غير ولا حاجة الى الشهادة على التمييز ولانه لا يصلح أن يكون مشهودا به لانه غير لازم وانما يلزم بالقبض والاستيفاء وهو فعل غيرهما فتقبل الشهادة عليه وقال الطحاوي رحمه الله اذا قسما بأجر لا تقبل شهادتهما بالاجماع والميه مال بعض المشايخ لانهما يدعيان ايفاء عمل استؤجرا عليه فكانت شهادة صورة ودعوى معنى فلا تقبل قلنا هما لا يجران بهذه الشهادة مغنما الى أنفسهما لان الخصوم توافقهما على ايفائهما العمل المستأجر عليه وهو التمييز وانما الاختلاف في الاستيفاء فانتفت التهمة ولو شهد قاسم واحد لا تقبل لان شهادة الفرد غير مقبولة على الغير ولو أمر القاضي أمينه بدفع المال الى آخر يقبل قول الامين في دفع الضمان عن نفسه ولا يقبل في الزام الآخر اذا كان منكرا قال رحمه الله (ولو ادعى أحدهم أن من نصيبه شيأ في يد صاحبه وقد أقر بالاستيفاء لم يصدق الا ببينة) لان القسمة من العقود اللازمة والمدعي للغلط يدعي حق الفسخ لنفسه بعد تمامها فلا يقبل الا بحجة وان لم يقم بينة استحلف الشركاء لانهم لو أقروا بذلك لزمهم فاذا أنكروه حلفوا عليه ومن حلف منهم لم يكن له عليه سبيل ومن نكل عن اليمين جمع نصيبه مع نصيب المدعي فيقسم على قدر حقهما لان نكوله حجة عليه كاقراره فلا يكون حجة على غيره قالوا وينبغي أن لا تقبل دعواه أصلا لانه مناقض واليه أشار محمد حيث شرط للتحالف أن لا يشهد على نفسه بالاستيفاء ويشير بذلك الى أنه لو أشهد على نفسه بالاستيفاء لا يتحالفان لان دعواه لم تصح للتناقض فاذا منع التحالف لعدم صحة الدعوى للتناقض فكذا هنا لانه قد أشهد على نفسه بالاستيفاء فوجب أن لا تقبل دعواه قال رحمه الله (وان قال استوفيت وأخذت بعضه صدق خصمه بحلفه) أي لو قال استوفيت حقي وأخذت بعضه كان القول قول خصمه مع يمينه لانه يدعي عليه الغصب وهو ينكر فالقول قول المنكر قال رحمه الله (وان لم يقر بالاستيفاء وادعى أن ذا خطه ولم يسلم اليه وكذبه شريكه تحالفا وفسخت القسمة) لان الاختلاف فيما حصل به القسمة فصار نظير الاختلاف في المبيع والثمن قال رحمه الله (ولو ظهر غبن فاحش في القسمة تفسخ) وهذا اذا كانت القسمة بقضاء القاضي فظاهر لان تصرفه مقيد بالعدل والنظر وأما اذا كانت بالتراضي فقد قيل لا يلتفت الى قول من يدعيه لان دعوى الغبن لا معتبر به في البيع فكذا في القسمة لوجود التراضي وقيل تفسخ وهو الصحيح ذكره في الكافي وقال أبو جعفر الهندواني يجوز أن يقال لا تصح هذه الدعوى لان القسمة بمعنى البيع فلا تنقض لظهور الغبن الفاحش فيها كما في البيع واذا وقعت بالقضاء يجب نقضها بالغبن الفاحش لانه حصل بغير رضا المالك فصار كبيع الاب والوصي ينقض بالغبن

(قوله ولو أمر القاضي أمينه بدفع المال الى آخر) أي فقال دفعته وأنكره المدفوع اليه اه اتقاني (قوله فلا يقبل الا بحجة) أي فاذا أقام البينة يقضى له بتمام حقه اه اتقاني (قوله قالوا وينبغي أن لا تقبل دعواه أصلا) قال الاتقاني قال صاحب الهداية ينبغي أن لا تقبل دعواه أصلا لتناقضه يعني أن البينة تترتب على الدعوى الصحيحة والدعوى لا تصح مع التناقض لانه أقر باستيفاء حقه ثم ادعى أنه لم يستوف واعتذر بعضهم في هذا وقال التناقض عفو في موضع الخفاء كالعبد يدعي الحرية بعد اقراره أنه رقيق وقال الحاكم الشهيد في الكافي وقال أبو يوسف ومحمد في رجل مات وترك دارا وترك ابنين فاقتسما الدار وأخذ كل واحد نصيبه وأشهدا على القسمة والقبض والوفاء ثم ادعى أحدهما بيتا في يد صاحبه لم يصدق في ذلك الا أن يقر صاحبه فعلم بهذا أن لا تقبل بينته بعد الاقرار بالاستيفاء كما قال صاحب الهداية وذلك لانهما اذا أشهدا على الوفاء فقد أقر

كل منهما بوصول حقه اليه بجهة التمام فاذا ادعى انه لم يصل لم يقبل للتناقض اه (قوله كما في البيع) قال في الخلاصة وفي الاصل دعوى الغلط في القسمة على ثلاثة أوجه أحدها دعوى الغلط في القسمة بأن يقول قيمت ألفا وأنتم قومتموه بخمسمائة وهذه الدعوى غير صحيحة كدعوى الغبن في البيع فانه لا يصغ هكذا ذكر في شرح الشافي قال الفقيه أبو الليث البلخي ان هذا غير مذكور في الاصل وان قبل تسمع فله وجه صحيح بخلاف الغبن في البيع وان قيل لا تسمع فله وجه صحيح كما في البيع وهو الصحيح

والامام خواهر زاده زاده هكذا في نسخته ولم يرجح أحد الوجهين على الآخر وهذا كله في القسمة بالتراضي فان كانت القسمة بقضاء القاضي فله الفسخ والثاني لو قال نصيبي النصف وما وصل إلي الا الثلث والباقي في يدك وأنكر الآخر تحالفا وترادا كالبيع والثالث ادعى أحدهما على صاحبه انه أخذ من نصيبه شيأ بعد القسمة يقيم البينة فان لم يكن حلف الآخر وهذا اذا لم يقر بالاستيفاء أو بالابراء أما اذا أقر بالاستيفاء أو الابراء أو شهد شاهدان على ذلك لم تصح دعواه اه (قوله وكذا لو اختلفا في الحدود) أي بأن قال هذا الحد لي قد دخل في نصيب صاحبه وقال الآخر لا بل هذا الحد قد دخل في نصيب صاحبه اه (قوله والصحيح أن الاختلاف في الشائع) أي في نصيب أحدهما اه (قوله وفي استحقاق بعض معين) (٣٧٤) أي من نصيب أحدهما اه قال الاتقاني رحمه الله قال الكرخي في مختصره فان كانت مائة شاة بين رجلين نصفين ميراثا أو شراء فاقتسماها وأخذ أحدهما أربعين شاة تساوي خمسمائة وأخذ الآخر ستين تساوي خمسمائة فاستحقت شاة من الاربعين تساوي عشرة دراهم فانه يرجع بخمسة دراهم في الستين شاة في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد أيضا فتكون الستون شاة بينهما يضرب فيها هذا بخمسة دراهم ويضرب فيه الآخر بخمسمائة درهم الا خمسة دراهم الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله وهنا لا تنتقض القسمة بالاتفاق لان الاستحقاق اذا ورد على شئ معين لا تنقض القسمة وقد ورد على شاة بعينها فيوجب الرجوع بنصف قيمة الشاة المستحقة لتحقق المعادلة وتبين أن بينهما ألفا الا عشرة دراهم وقد وصل الى صاحب الستين خمسمائة والى صاحب الاربعين أربعمائة وتسعون وبقي له خمسة دراهم الى تمام حقه فيضرب في الستين بخمسة دراهم وشريكه بأربعمائة وخمسة وتسعين اه وعند (قوله فهذه ثلاثة أوجه) قال الاتقاني رحمه الله والحاصل أن المسئلة على ثلاثة أوجه ففي استحقاق بعض معين في أحد النصيبين أو فيهما جميعا لا تنقض القسمة بالاتفاق وفي استحقاق شئ شائع في النصيبين تنتقض القسمة بالاتفاق وفي استحقاق بعض شائع في أحد الطرفين لا تنقض القسمة عند أبي حنيفة خلافا لابي يوسف اه (قوله بأن كان البعض المقدم الخ) أي فاقتسما على أن يأخذ أحدهما ما لهما من النصف المقدم وهو نصف النصف وربع المؤخر ويأخذ الآخر ما بقي وهو ثلاثة أرباع من النصف المؤخر فيكون لكل واحد ثلاثة أثمان جميع الدار لان حقهما بعد نصيب الثالث ثلاثة أرباع جميع الدار وما لا يمنع ابتداء القسمة لا يمنع بقاءها بالطريق الاولى اه

الفاحش ويجوز أن يقال تصح هذه الدعوى لان القيمة معتبرة في باب القسمة لتقع القسمة على سبيل المعادلة لان التعديل يكون من حيث القيمة في الاشياء المتفاوتة فاذا ظهر غبن فاحش في القيمة فقد فات شرط جواز القسمة وهو المعادلة فيجب نقضها بخلاف البيع لانه غير مبني على المعادلة في القيمة ولو اقتسما دارا وأصاب كل واحد منهما طائفة فادعى أحدهما بيتا في يد الآخر أنه مما أصابه بالقسمة وأنكر الآخر فعليه اقامة البينة وان أقاما البينة فالاعتبار لبينة المدعي لانه خارج وان كان قبل الاشهاد على القبض تحالفا وتفسخ القسمة وكذا لو اختلفا في الحدود وأقاما البينة يقضى لكل واحد منهما بالجزء الذي هو في يد صاحبه لانه خارج فيه وبينة الخارج أولى وان أقام أحدهما بينة قضى له به وان لم تقم لواحد منهما بينة تحالفا وترادا كما في البيع والله أعلم قال رحمه الله (ولو استحق بعض شائع من حظه رجع بقسطه في حظ شريكه ولا تفسخ القسمة) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف تفسخ القسمة هكذا ذكر الاختلاف في الجزء الشائع في الاسرار وغيره وذكر القدوري الاختلاف في استحقاق بعض نصيب أحدهما بعينه والصحيح أن الاختلاف في الشائع وفي استحقاق بعض معين لا يفسخ بالاجماع ولو استحق بعض شائع في الكل يفسخ بالاجماع فهذه ثلاثة أوجه ومحمد مع أبي حنيفة فيما حكاه أبو حفص ومع أبي يوسف فيما حكاه أبو سليمان والاول أصح لابي يوسف أنه بالاستحقاق ظهر شريك آخر والقسمة بدونه لا تصح فصار كما اذا استحق بعض شائع في الكل يحققه أن استحقاق جزء شائع ينعدم به معنى القسمة وهو الافراز ألا ترى أنه يوجب الرجوع بحصته في نصيب غيره شائعا كاستحقاق الكل شائعا بخلاف المعين لان ما وراء المستحق بقي مفرزا على حاله ليس للغير فيه حق ولهما أن المقصود بالقسمة التمييز والافراز ولا ينعدم باستحقاق جزء شائع من نصيب الواحد ولهذا جازت القسمة في الابتداء على هذا الوجه بأن كان البعض المقدم مشتركا بين ثلاثة نفر والبعض المؤخر بين اثنين منهم فاقتسم الاثنان على أن لاحدهما ما لهما من المقدم وللآخر المؤخر أو اقتسماه على ان لاحدهما ما لهما من المقدم وبعض المؤخر مفرزا يجوز فكذا هذا وصار كاستحقاق شئ بعينه بخلاف استحقاق الشائع في الكل لان معنى الافراز والتمييز لم يتحقق مع بقاء نصيب البعض في الكل ولهذا لا تجوز القسمة ابتداء على هذا الوجه فكذا بقاء لانها لو بقيت لتضرر المستحق بتفرق نصيبه في الانصباء ولا ضرر بالمستحق هنا فوضح الفرق فاذا لم تبطل القسمة يرجع بحسابه على شريكه لانه لو استحق نصيب أحدهم كله يرجع به على الشركاء فكذا اذا استحق البعض اعتبارا للجزء بالكل وله أن ينقض القسمة ان شاء دفعا لعيب التشقيص لانه اذا رجع على الشركاء بحسابه يتفرق نصيبه فيتضرر به ولو باع بعضهم بعض نصيبه شائعا ثم استحق بعض ما بقي شائعا كان له أن يرجع على الشركاء بحسابه وسقط خيار الفسخ ببيع البعض

(قوله ولو اقتسم الورثة التركة الخ) فى التركة دين وطلبوا من القاضى القسمة وهو يعلم به وصاحب الدين غائب فان كان الدين مستغرقا لا يقسم لانه لا ملك لهم وان كان غير مستغرق فالقياس كذلك وهو قول أبى حنيفة ولكنه استحسن وقال قل ما تخلو تركة عن دين يسير ولا يصح أن يقف عشرة آلاف بين عشرة فينتظر الفريقين ويوقف قدر الدين ولا يأخذ كفيلا بشئ من ذلك عنده أما عندهما فيأخذ كفيلا وان لم يكن الدين معلوما للقاضى سألهم فان قالوا لا نقول قولهم ويقسم لتمسكهم بالاصل وهو فراغ الذمة فلو ظهر دين نقض القسمة لانه تبين أن القسمة قبل أوانها فان أوانها بعد قضاء الدين كذا فى المبسوط والذخيرة اه (قوله ولو كان الدين غير مستغرق الخ) وفى الذخيرة لو ظهر وارث آخر أو موصى له بالثلث أو الربع وما أشبه ذلك ردت القسمة لانه ظهر أن فى التركة شريكا آخر قد اقتسموا دونه وكذا لو ظهر الموصى له بالالف المرسلة الا اذا قالت الورثة نحن نقضى حق الغرماء وحق الموصى له بالالف المرسلة أما فى الوارث الآخر والموصى له بالثلث أو الربع ليس لهم ذلك لان حق الوارث الآخر والموصى له بالثلث فى عين التركة فلا ينتقل الى مال آخر

وعند أبى يوسف يرجع على ما فى أيديهم بحسابه ويضمن حصتهم مما باع لان القسمة تنقلب فاسدة عنده والمقبوض بالفاسد مملوك فينفذ بيعه وهو مضمون بالقيمة فيضمن لهم ولو اقتسم الورثة التركة ثم ظهر فيها دين محيط قيل للورثة اقضوا دين الميت فان قضوه صحت القسمة والا فسخت لان الدين مقدم على الارث فيمنع وقوع الملك لهم فيها الا اذا قضوا الدين أو أبرأ الغرماء فحينئذ تصح قسمتهم لزوال المانع ولو كان الدين غير مستغرق فكذلك الجواب لتعلق حق الغرماء بالتركة الا اذا بقى من التركة ما يفى بالدين فحينئذ لا تفسخ القسمة لعدم الحاجة ولو ادعى أحد المتقاسمين للتركة دينا فى التركة صح دعواه لانه لا تناقض اذ الدين يتعلق بالمعنى والقسمة تصادف الصورة ولو ادعى عينا بأى سبب كان لم تسمع دعواه اذ الاقدام على القسمة اعتراف منه بأن المقسوم مشترك قال رحمه الله (ولو تهايأ فى سكنى دار أو دارين أو خدمة عبد أو عبدين أو غلة دار أو دارين صح) التهايؤ اعلم أن المهايأة مشتقة من الهيئة وهى الحالة الظاهرة للمتهيئ للشئ والتهايؤ تفاعل منها وهو أن يتواضعوا على أمر فيتراضوا به وحقيقته أن كلا منهم يرضى بهيئة واحدة ويختارها وهى فى الشرع عبارة عن قسمة المنافع وهى جائزة فيما ذكره الشيخ استحسانا والقياس أن لا تجوز لانها مبادلة المنفعة بجنسها لان كل واحد من الشريكين ينتفع فى نوبته بملك شريكه عوضا عن انتفاع شريكه بملكه فى نوبته ولكن ترك ذلك بالكتاب والسنة واجماع الامة أما الكتاب فقوله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم وهذا هو المهايأة وأما السنة فما روى انه عليه الصلاة والسلام قسم فى غزوة بدر كل بعير بين ثلاثة نفر وكانوا يتهايؤن فى الركوب وما روى أن الرجل الذى خطب تلك المرأة بين يدى رسول الله صلى الله عليه وسلم وعلم أنه ليس له صداق الا نصف ازاره فقال له عليه الصلاة والسلام ما تصنع بازارك ان لبسته لم يكن عليها منه شئ وان لبسته لم يكن عليك منه شئ أى بطريق المهايأة وهذا هو تفسير المهايأة وعلى جوازها اجماع الامة ولان المهايأة قسمة المنافع يصار اليها لتكميل استيفاء المنفعة لتعذر الاجتماع على عين واحدة فى الانتفاع بها فكانت المهايأة جمعا للمنافع فى زمان واحد كالقسمة جمع النصيب الشائع فى مكان معين فجرت المهايأة فى المنافع مجرى القسمة فى الاعيان ولو لم تجز المهايأة لادى الى تعطيل الاعيان التى لا يمكن قسمتها وانه قبيح لان الاعيان خلقت للانتفاع بها وهو ينافيه فتجوز ضرورة كقسمة الاعيان فيجرى جبر القاضى فيها كما يجرى فى قسمة الاعيان الا أن القسمة

الا برضاهما وحق الغريم والموصى له بالالف المرسلة فى المال لا فى عين التركة وفى ذلك مال الوارث والتركة سواء ولهذا قالوا لو كان مال آخر لم يدخل فى القسمة ليس للغريم والموصى له بالالف نقض القسمة (قوله الا اذا بقى من التركة الخ) وتحرير هذا يأتى فى آخر كتاب الصلح اه (قوله فى المتن ولو تهايآ فى سكنى دار الخ) شرع فى المهايأة وهى قسمة المنافع بعد بيان قسمة الاعيان لانه يحتاج اليها وقدم الاعيان لان العين أصل لكونه قائما بنفسه والمنافع أعراض لا تقسم بنفسها بل بالعين اه غاية (قوله ويختارها) يعنى الشريك ينتفع بالعين على الهيئة التى انتفع بها الآخر اه (قوله واجماع الامة) أى والمعقول اه

(قوله ولكم شرب يوم معلوم) أخبر أن الانتفاع بين قوم صالح وبين الناقة على التناوب وشريعة من قبلنا تلزمنا على أنه شرع لنا ما لم يرد النسخ اه غاية (قوله وعلى جوازها اجماع الامة) وأما المعقول فلان الاعيان خلقت للانتفاع فمتى كان الملك مشتركا كان حق الانتفاع مشتركا أيضا والمحل الواحد لا يحتمل الانتفاع على الاشتراك فى زمان واحد فيحتاج الى التهايؤ تكميلا للانتفاع ولان المنافع ملك مشترك يجوز استحقاقه فى العقود فجاز وقوع القسمة فيها كالاعيان فان قيل المهايأة تعليك منافع بمنافع من جنس واحد فهى اجارة ولا يكره القاضى على الاجارة قلنا لا نسلم أنها اجارة لانه مستوف منفعة نفسه بدل هى قسمة منافع الاعيان ثم التهايؤ قد يكون من حيث المكان كالدار الواحدة الكبيرة يسكن أحدهما ناحية منها والآخر ناحية أخرى وقد يكون من حيث الزمان بأن ينتفع أحدهما بالعين مدة والآخر مدة كالدار والارض ونحو ذلك مما يحتمل القسمة وأما فيما لا يحتمل القسمة كالدابة الواحدة والعبد الواحد لا تأتى القسمة الا من حيث الزمان اه غاية

(قوله لانه أبلغ) أى لان قسمة العين أبلغ من قسمة المنفعة فى تكميل الانتفاع لاجتماع المنافع فى الزمان الواحد وفى التهايؤ يحصل ذلك على التعاقب قال فى كتاب الصلح من الشامل ولكل واحد نقض المهاياة بلا عذر اذا لم يرد التعنت لانه بمنزلة العارية وقال فى الكفاية تطلب أحدهما قسمة العين بعد المهاياة قسم الحاكم وفسخ المهاياة لان الاصل القسمة اه انتقانى (قوله جازت) أى سواء ذكر المدة أولا اه غاية (قوله لا مبادلة) ألا ترى انه لا يشترط فيه بيان المدة فلو كان مبادلة لاشترط ذلك لانه يكون تمليك المنفعة بعوض كالاجارة ويشترط التأقيت فى الاجارة اه غاية (قوله عارية الخ) العارية ما يكون بغير عوض وهنا بعوض اه (قوله وكذا لو تهايآ فى الزمان فى عبد واحد) أى على أن يخدم هذا يوما وهذا يوما اه (قوله بالاتفاق) أى على أحدهما اه (قوله ولو تهايآ بينهما على أن نفقة كل الخ) قال فى الشامل تهايآ عبدين على أن يستخدم كل واحد أحدهما وطعام كل واحد عليه جاز استحسانا لانه يستقبح أن يخدمه ويؤتى بطعامه من بيت غيره فيجوز لو تهايآ على أن يكون على كل واحد كسوة ما فى يديه لا يجوز لان كسوتهما عليهما فيكون كل واحد مشتريا نصف الكسوة من صاحبه بنصف كسوة الذى فى يديه وانه مجهول فلا يجوز اه انتقانى رحمه الله (قوله وقيل) قائله الكرخى اه (قوله ولا يجبر اعتبارا بالقسمة) أى لان عنده قسمة الجبر لا تجوز فى الدور فكذا فى القسمة بطريق المهاياة اه غاية ﴿فرع﴾ مما يحفظ فى الذخيرة أمتعة بين رجلين خاف كل صاحبه عليها فقال يجوز أحدهما عندك يوما وعندى يوما وقال الآخر بل نضعها على يدى عدل نجعل عند كل واحد منهما يوما ولا نوضع على يدى عدل قال مشايخنا يحتاط فى باب الفروج فى جميع المسائل الا فى هذه فانه لا يحتاط لحشمة ملكه اه معراج

أقوى منه فى استكمال المنفعة لانه جمع المنافع فى زمان واحد والتهايؤ جمع على التعاقب ولهذا لو طلب أحد الشريكين القسمة والآخر المهاياة يقسم القاضى لانه أبلغ فى التكميل ولو وقعت المهاياة فيما يحتمل القسمة ثم طلب أحدهما القسمة يقسم وتبطل المهاياة لانه أبلغ ولا تبطل المهاياة بموت أحدهما ولا بموتهما لانها لو بطلت لاستأنفها الحاكم ولا فائدة فى الاستئناف ثم لو تهايآ فى دار واحدة على أن يسكن أحدهما بعضها والآخر البعض آو أحدهما العلو والآخر السفل جازت لان القسمة على هذا الوجه جائزة فكذا المهاياة والتهايؤ فى هذا الوجه افراز لجميع الانصباء لا مبادلة لانه لو كان مبادلة لما صح لانها لا تجوز فى الجنس الواحد نسيئة للربا وقيل هو افراز من وجه عارية من وجه وانما قيل ذلك خشية الربا وكلا القولين مشكل لان كل واحد منهما يترك ماله من المنفعة فيما أخذه صاحبه بعوض وهو الانتفاع بنصيب صاحبه فكيف يتصور أن يكون افرازا للكل أو عارية فى البعض والعارية أيضا غير لازمة والمهاياة لازمة وقيل هو افراز من وجه مبادلة من وجه كقسمة الاعيان والاوجه أنها افراز من كل وجه فى المهاياة فى المكان ولهذا لا يشترط فيها التأقيت ويجاز لكل منهم أن يستغل ما أصابه بالمهاياة على الظاهر شرط ذلك فى العقد أو لم يشترط لحدوث المنافع على ملكه ولا كذلك العارية والاجارة وفى المهاياة فى الزمان افراز من وجه ويجعل كالمستعرض لنصيب شريكه فكان مبادلة من وجه وانما قلنا ذلك لان معنى الافراز يتحقق فى المهاياة فى المكان دون الزمان وكذا لو تهايآ فى الزمان فى عبد واحد جاز لانها متعينة فيه لتعذر التهايؤ فى المكان والبيت الصغير كالعبد ولو اختلفا فى التهايؤ من حيث الزمان والمكان فى محل يحملهما أمرهما القاضى بالاتفاق لان التهايؤ فى المكان أعدل لاستوائهما فى زمان الانتفاع وليس فيه تقديم أحدهما على الآخر فكان أعدل وفى الزمان أكمل لان كل واحد ينتفع فى نوبته بجميع الدار فكان أكمل فلما اختلفت الجهة فلا بد من الاتفاق فان اختارا من حيث الزمان يقرع فى البداية بينهما تطييبا لقلوبهما ونفيا للتهمة عن نفسه ولو تهايآ فى عبدين على الخدمة جاز أما عندهما فظاهر لان قسمة الرقيق جائزة عندهما فكذا المنفعة وأما عند أبى حنيفة فروى عنه انه لا يجوز الا بالتراضى لان قسمة الرقيق لا يجرى فيها الجبر عنده فكذا منفعته والاصح أن القاضى يهايئ بينهما جبرا بطلب أحدهما لان المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت بخلاف أعيان الرقيق لانها تتفاوت تفاوتا فاحشا على ما بينا ولو تهايآ بينهما على أن نفقة كل عبد على من يأخذه جاز استحسانا لان العادة جرت بالمسامحة فى طعام المماليك فلا تفضى الجهالة الى النزاع ونظيره استئجار الظئر بطعامها وكسوتها لجريان العادة بالمسامحة لاجل الولد بخلاف كسوة المماليك لانه لا تسامح فيها عادة ولو تهايآ فى دارين على أن يسكن كل واحد منهما دارا جاز ويجبر القاضى عليه وهذا عندهما ظاهر لان الدارين عندهما كدار واحدة حتى يجرى الجبر على قسمتهما وكذا عنده لان المنافع فيهما لا تتفاوت فيجوز ويجبر الآبى منهما ويعتبر افرازا كالاعيان المتقاربة بخلاف القسمة لان التفاوت فى أعيانهما فاحش فالتحقت بالاجناس المختلفة وصارت مبادلة وقيل عنده يجوز بالتراضى ولا يجبر اعتبارا بالقسمة وعنده أنه لا يجوز التهايؤ فيه أصلا لا بالجبر ولا بالتراضى لانه بيع المنافع بالمنافع من جنسه نسيئة وذلك لا يجوز على ما مر فى الاجارة بخلاف قسمة رقبتها حيث تجوز بالتراضى لان بيع احداهما بالاخرى جائز وفى الظاهر ان قوله كقولهما وفى الدابتين لا يجوز التهايؤ على الركوب عند أبى حنيفة وعندهما

(قوله ولو زاد غلة الدار الواحدة في نوبة الخ) ولو تهايآ في نخل على أن يأكل كل واحد منهما غلة بعضها لم يجز لان غلة النخيل قبل وجودها معدومة حقيقة وحكما لانها لم تجعل موجودة حكما في حق التمليك بعوض وهو الاجارة حتى تعتبر موجودة حكما في حق القسمة وقسمة المعدوم لا تتحقق لانه افراز من وجه مبادلة من وجه وكلا الامرين لا يتحققان قبل (٣٧٧) الوجود اه ولو الجى في الصلح (قوله ان مسائل التهايؤ اثنتا عشرة مسئلة) أي غير الثمر واللبن اه مس (قوله والحيلة) أي في جواز التهايؤ اه قال صاحب الهداية والحيلة في جواز التهايؤ أن يبيع حصته من الآخر ثم يشترى كلها بعد مضي نوبته أو ينتفع باللبن استقراضا لنصيب صاحبه يعني يبيع أحد الشريكين حصته من الشجر والغنم من صاحبه ثم يشترى من صاحبه بعد مضي نوبته جميع الشجر أو الغنم فيحل لكل واحد منهما ما تناوله لانه حصل اللبن أو الثمر على ملك المشترى أو ينتفع باللبن استقراضا لنصيب صاحبه من الحليب كل يوم أي مدة معلومة ثم اذا مضت المدة ينتفع صاحبه باللبن في مثل تلك المدة بعضه من نصيب نفسه في هذه المدة وبعضه مما أقرضه في المدة الماضية ولكن ينبغي أن يزن اللبن أو يكيله كل يوم حتى تتحقق المساواة في الاستيفاء فلا يكون الربا لان اللبن يزيد وينقص في الحلب وقال في قسم الشامل من المبسوط تهايآ في أغنام بينهما على أن يكون نصفها عند هذا والنصف عند الاخر يعلف ويشرب لبنها ويجز صوفها لا يجوز لان اللبن بينهما والعلف عليهما فيكون كل واحد منهما مشتريا باللبن صاحبه بنصف العلف الذي عليه واللبن يزيد وينقص والعلف مثله فيكون التفاوت فاحشا فيكون مبادلة محضة فكان بيع لبن بلبن وصوف بصوف مجازفة فلا يجوز بعد الحلب والجز فقبلهما أولى وقال في الفتاوى الصغرى بقرة بين اثنين تواضعا على أن تكون عند كل واحد منهما خمسة عشر يوما يحلب لبنها في يومها يأخذه ولا يحل فضل اللبن عليهما وان جعلا في حل الا أن يسلم لصاحب الفضل

يجوز اعتبارا بقسمة الاعيان ولابي حنيفة أن الاستعمال يتفاوت بتفاوت الراكبين فانهم يتحاذقون في الركوب وأخرق والتهايؤ في الركوب في دابة واحدة على هذا الخلاف لما قلنا بخلاف العبد والعبدين لانه يخدم باختياره فلا يتحمل الزيادة على طاقته والدابة تتحملها وأما التهايؤ في الغلة فقد ذكره من قريب ان شاء الله تعالى قال رحمه الله (وفي غلة عبد أو عبدين أو بغل أو بغلين أو ركوب بغل أو بغلين أو ثمرة شجرة أو لبن شاة لا) أي لا يجوز في هذه الاشياء التهايؤ أما التهايؤ في غلة عبد واحد أو بغل واحد فلان النصيبين يتعاقبان في الاستيفاء فالظاهر التغير في الحيوان فتفوت المعادلة بخلاف التهايؤ في استغلال دار واحدة حيث يجوز في ظاهر الرواية لان الظاهر عدم التغير في العقار فافترقا ولو زاد غلة الدار الواحدة في نوبة أحدهما على الغلة في نوبة الآخر يشتركان في الزيادة تحقيقا للتعديل بخلاف ما اذا كان التهايؤ في المنافع فاستغل أحدهما في نوبته زيادة لان التهايؤ وقع في المنافع هنالك فتجب مراعاة المعادلة فيها وبالتفاوت في الغلة لا يتبين فوت المعادلة في المنافع فان الشيئين قد يستويان ثم يختلفان في البدل عند العقد وبخلاف ما لو تهايآ على الاستغلال في الدارين وفضلت غلة أحدهما حيث لا يشتركان فيه لان معنى الافراز راجح في الدارين لاتحاد زمان الاستيفاء فان كل واحد منهما يصل الى الغلة في الوقت الذي يصل اليها صاحبه وفي الدار الواحدة يتعاقب الوصول فاعتبر قرضا كأنه أقرض نصيبه من غلة هذا الشهر على أن يستوفي من نصيبه في الشهر الثاني ويجعل كل واحد منهما وكيلا عن صاحبه في ايجار نصيب صاحبه فاذا استوفى قدر القرض كان الباقي مشتركا بينهما وأما التهايؤ في استغلال عبدين أو بغلين فالمذكور هنا قول أبي حنيفة وعندهما يجوز لان المعادلة تمكن بينهما لاتحاد وقتهما وكذا تجوز قسمة رقبتهما عندهما فكذا منافعهما وبدلهما فصارا كالدارين بخلاف التهايؤ في غلة عبد واحد حيث لا يجوز لانه لا يتأتى الا في زمانين فيتوهم تغيره بل هو الظاهر في الاستغلال لان العادة جرت بالاستقصاء فيه فيتغير من التعب بخلاف التهايؤ في خدمة عبد واحد حيث يجوز بالاجماع لما ذكرنا ولان الخدمة يجري فيها التساهل عادة فلا يلحقه تعب كما يلحقه في الاستغلال فلا يتغير ولابي حنيفة أن التهايؤ في الخدمة جوز للضرورة لتعذر امكان قسمتها ولا ضرورة في الغلة لانه يمكن قسمتها لان الغلة عين مال ولانه يتغير بالاستغلال كما ذكرنا في العبد الواحد فيحصل التفاوت بخلاف الدارين لان الظاهر عدم التغير في العقار ولان التهايؤ في الاستغلال يمتنع عند اختلاف الزمان بأن وقع متعاقبا في عبد واحد فلأن يمتنع عند اختلاف المحل أولى وجملة الامر أن مسائل التهايؤ اثنا عشرة مسئلة ففي استخدام عبد واحد جائز بالاتفاق وكذا في استخدام العبدين على الاصح وكذا التهايؤ في استغلال عبد واحد لا يجوز بالاتفاق وفي العبدين على الخلاف والتهايؤ في سكنى دار واحدة يجوز بالاتفاق وكذا في غلتها وكذا في سكنى دارين وفي غلتهما خلاف والاظهر أنه يجوز بالاتفاق وركوب بغل أو بغلين على الخلاف ولا يجوز في استغلال بغل واحد بالاتفاق وفي بغلين على الخلاف وأما التهايؤ في ثمرة شجرة أو لبن غنم فلانها أعيان باقية ترد عليها القسمة عند حصولها فلا حاجة الى التهايؤ لان التهايؤ في المنافع ضرورة أنها لا تبقى فيتعذر قسمتها بخلاف لبن ابن آدم حيث تجوز المهايأة فيه حتى لو كانت جاريتان مشتركتان بين اثنين فتهايآ أن ترضع احداهما ولد أحدهما والاخرى ولد الآخر جاز لان لبن ابن آدم لا قيمة له فجرى مجرى المنافع والحيلة في الثمار

فضل ثم جعله صاحبه في سهل فحينئذ يحل لان الاول هبة المشاع فيما يحتمل القسمة فلم يجز والثاني هبة الدين وانه يجوز وان كان مشاعا ونقله عن قسمة الواقعات اه اتقاني (قوله أو ينتفع بالابن المقدر) أي بوزن معلوم

﴿كتاب المزارعة﴾

لما كان الخارج من الارض من أنواع ما يقع (٣٧٨) فيه القسمة ذكر المزارعة عقيب القسمة ولان الارض بعض ما يجري فيه القسمة ثم بعد قسمة الارض قد يحتاج الى الزراعة فيها فذكر المزارعة عقيبها اه اتقاني (قوله وهي مفاعلة) أي من زارع من الزرع وهو القاء الحب ونحوه في الارض اه ع (قوله لانه لا أثر للعمل فيها) أي لم يرد الا في دفع الغنم والدجاج ودود القز معاملة بنصف الزوائد اه (قوله فيكون في معنى قفيز الطحان) وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن قفيز الطحان وهو أن يستأجر رجلا حتى يطحن له كرا من حنطة بقفيز من دقيقها ولا شك أن ذلك استئجار العامل ببعض ما يخرج من عمله فكذا المزارعة والمساقاة اه غاية (قوله ولان الاجر مجهول أو معدوم الخ) وانما قلنا ذلك لان الارض أو الشجر اما أن تخرج شيأ أو لا فان أخرجت فالاجرة مجهولة لان قدر الثلث أو الربع لا يعلم كم هو وان لم تخرج فالاجرة معدومة اه غاية (قوله بطريق المن عليهم) يعني أي لم تكن بطريق المزارعة والمساقاة بل كانت بطريق الخراج على المن عليهم والصلح لان النبي صلى الله عليه وسلم ملكها عنوة فلما كان أخذها كلها جاز (قوله وتنعقد لازمة) أن قال الاتقاني في أول المزارعة ثم لا بد أن يعرف ركنها وشرائط جوازها وحكمها وصفتها فأما ركنها فالايجاب والقبول ثم ذكر شرائط الجواز ثم قال وأما بيان حكمها فنقول لهما حكمان أحدهما ثابت في الحال وهو الملك في منفعة الارض ان كان البذر من جهة المزارع أو ثبوت الملك في منفعة العامل ان كان البذر من جهة رب الارض وفي المعاملة ثبوت الملك في منفعة العامل والحكم الآخر ثابت في الثاني وهو الشركة في الخارج وأما بيان صفتها فنقول المعاملة لازمة من الجانبين في الحال حتى ان كل واحد من العاقدين لا يملك الفسخ

﴿كتاب المزارعة﴾

وهي مفاعلة من الزراعة في اللغة قال رحمه الله (هي عقد على الزرع ببعض الخارج) وهذا في الشريعة قال رحمه الله (وتصح بشرط صلاحية الارض للزراعة وأهلية العاقدين وبيان المدة وبذر وجنسه وحظ الآخر والتخلية بين الارض والعامل والشركة في الخارج وأن تكون الارض والبذر لواحد والعمل والبقر لآخر أو تكون الارض لواحد والباقي لآخر أو يكون العمل لواحد والباقي لآخر) وهذا قول أبي يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة لا تجوز المزارعة لهما ما روى أنه عليه الصلاة والسلام عامل أهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر أو زرع ولانها عقد شركة بمال من أحد الشريكين وعمل من الآخر فيجوز اعتبارا بالمضاربة والجامع دفع الحاجة فان صاحب المال قد لا يهتدي الى العمل والمهتدي اليه قد لا يجد المال فمست الحاجة الى انعقاد هذا العقد بينهما بخلاف دفع الغنم والدجاج ودود القز معاملة بنصف الزوائد لان لا أثر للعمل فيها في حصول الزيادة فلم تتحقق الشركة مع أنه ليس فيها عرف وفي المزارعة عمل الصحابة والتابعين والصالحين من بعدهم الى يومنا هذا بلا نكير ولابي حنيفة ما روى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن المخابرة فقيل ما المخابرة قال المزارعة بالثلث والربع ولانه استئجار ببعض ما يخرج من عمله فيكون في معنى قفيز الطحان ولان الاجر مجهول أو معدوم وكل ذلك مفسد ومعاملة النبي صلى الله عليه وسلم أهل خيبر كان خراج مقاسمة بطريق المن عليهم والصلح وهو جائز لان الخراج نوعان خراج وظيفة وهو أن يوظف الامام عليهم كل سنة وضع على ما طيق أرضهم والثاني خراج مقاسمة وهو أن يشترط عليهم بعض ما يخرج كالنصف والثلث ونحو ذلك جزأ شائعا والدليل على ذلك أنه عليه الصلاة والسلام لم يبين لهم المدة ولو كانت مزارعة لبينها لهم لان المزارعة لا تجوز عندنا من غير بيان المدة على ما نبين والدليل عليه أيضا ما روى عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم لما ظهر على خيبر سألته اليهود أن يقرهم بها على أن يكفوه عملها ولهم نصف الثمرة فقال لهم نقركم بها على ذلك ما شئنا رواه البخاري ومسلم وأحمد وهذا صريح بأنها كانت خراج مقاسمة وانهم كانوا ذمة للمسلمين والذمي اذا أقر على أرضه بقيت على ملكه وما يؤخذ من أراضيه خراج ولفظ البخاري أعطى خيبر اليهود أن يعملوها ويزرعوها ولهم شطر ما يخرج منها والاعتبار بالمضاربة لا يجوز لان معنى الشركة فيها أغلب حتى صحت بدون ذكر المدة ولا تنعقد لازمة أصلا فيكون الربح متولدا من العمل والمال جميعا وعقد الشركة قد يعتمد على العمل خاصة كما في شركة الاعمال فاظنك اذا انضم اليه المال ولا كذلك المزارعة لانها اجارة حتى يشترط لها ذكر المدة وتنعقد لازمة وانما كان لصاحب البذر أن يفسخ العذر والاجارة تفسخ بالاعذار ألا ترى أنه ليس له أن يفسخ بعد ما بذر في الارض فامتنع القياس عليها والحيلة للجواز عنده

وكحوه أن يشتري نصيب شريكه ثم يبيعه كلها بعد مضي نوبته أو ينتفع بالابن المقدر بطريق القرض في نصيب صاحبه اذ قرض المشاع جائز والله أعلم بالصواب

الا بعقد والمزارعة لازمة من قبل من لا بذر من جهته حتى لا يملك الفسخ الا بعذر غير لازمة من قبل من له البذر قبل القاء البذر في الارض حتى يملك الفسخ من غير عذر وبعد ما ألقي البذر في الارض تصير لازمة من الجانبين حتى لا يملك أحدهما الفسخ بعد ذلك الا بعذر اه (قوله ثم اذا فسدت المزارعة عنده) أي فسد العقد عند أبي حنيفة بان سقى الارض وكربها ولم يخرج شيء فله أجر مثله لانه في معنى اجارة فاسدة قال في شرح الطحاوي فلما لم يجز عنده كان الخارج كله لصاحب البذر فان كان البذر من قبل رب الارض فالخارج كله له ويطيب له ولا يتصدق به لان ذلك كله غلة ملكه ويجب عليه أجر مثل المزارع وان كان البذر من قبل المزارع فالخارج كله له ويجب عليه أجر مثل الارض لصاحب الارض لانه استعمل الارض بعقد فاسد فما كان من الخارج بازاء البذر والمؤنة يطيب له وما فضل من ذلك تصدق به وأما على قولهما فان حصل من الخارج شيء يكون بينهما على الشرط وان لم يحصل فلا شيء على رب الارض ولا على المزارع اه غاية (قوله وأن يكون رب الارض والمزارع من أهل العقد) أي وهو لا يختص به لان عقدا ما لا يصح الا من الاهل اه هداية (قوله لانه عقد على منافع الارض أو العامل) قال في شرح الطحاوي وعقد المزارعة قد يكون استئجار الشخص ببعض الخارج كما اذا كان البذر من قبل رب الارض وقد يكون استئجار الارض ببعض الخارج كما اذا كان البذر من قبل المزارع اه غاية (قوله وعند محمد بن سلمة الخ) قال الاتقاني وعن محمد بن سلمة أن المزارعة من غير بيان المدة جائزة أيضا ويقع على سنة واحدة يعني على زرع واحد وبه أخذ الفقيه أبو الليث اه قوله جائزة أيضا يعني كالمعاملة وانظر الى الحاشية التي كتبتها في أول المساقاة فهذه تتمتها والله الموفق اه وكتب ما نصه قال الاتقاني رحمه الله وحكى عن أئمة بلخ أن بيان من عليه البذر انما يشترط (٢٧٩) في موضع ليس فيه عرف ظاهر أن البذر على من

أن يستأجر العامل باجر معلوم الى مدة معاومة فاذا مضت المدة يعطيه بعض الخارج عما وجب له من الاجر في ذمة صاحب البذر فيجوز ذلك بتراضيهما كما في سائر الديون اذا أعطاه خلاف جنسه ثم اذا فسدت المزارعة عنده يجب على صاحب البذر أجر المثل للعامل أو للارض والغلة له لانها نماء ملكه وقالوا الفتوى اليوم على قولهما لحاجة الناس اليها ولتعاملهم والقياس قد يترك بالتعامل والضرورة كما في الاستصناع ثم شرط في المختصر لجوازها عند من يجيزها أن تكون الارض صالحة للزراعة لان المقصود لا يحصل بدونه وأن يكون رب الارض والمزارع من أهل العقد لان العقد لا يصح الا من الاهل وان يبين المدة لانه عقد على منافع الارض أو العامل وهي تعرف بالمدة ويشترط أن تكون المدة قدر ما يتمكن فيها من الزراعة أو أكثر وأن لا تكون قدر ما لا يعيش اليه مثلهما أو مثل أحدهما غالبا وعند محمد بن سلمة لا يشترط بيان المدة وتقع على سنة واحدة وأن يبين من عليه البذر لان المعقود عليه وهو منافع العامل أو منافع الارض لا يعرف الا ببيان من عليه البذر لانه المستأجر فبيانه يعرف ما وقع عليه عقد الاجارة من منافع العامل أو منافع الارض وأن يبين جنس البذر لان الاجرة منه فلا بد من بيان جنس الاجرة وأن يبين نصيب من لا بذر من جهته وهو المراد بقوله وحظ الآخر لانه أجرة عمله أو أرضه فلا بد أن يكون

يكون أو كان العرف مشتركا وكل موضع كان بينهم عرف ظاهر أن البذر يكون على أحدهما بعينه لا يشترط بيان من عليه اذا العرف كالمشروط كما في نقد البلد اه (قوله فلا بد من بيان جنس الاجرة) قال الاتقاني أول المزارعة ومن الشرائط بيان ما يزرع في الارض وهذا قياس وفي الاستحسان بيان ما يزرع في الارض ليس بشرط فوض الرأي

الى المزارع أو لم يفوض بعد أن ينص على المزارعة هكذا ذكر شيخ الاسلام في أول شرح المزارعة ثم قال الاتقاني بعد أوراق ما نصه والشامن بيان جنس البذر ليصير الاجر معلوما وذلك لان الاجر بعض الخارج وإعلام جنس الاجر شرط وهذا قياس وفي الاستحسان ليس ذلك بشرط صرح بيانه في أول الكتاب قال أبو جعفر الطحاوي في مختصره واذا استأجر الرجل أرضا مزارعة ولم يسم ما يزرع فيها فالمزارعة فاسدة فان اختصما قبل أن يزرع فسخت وان لم يختصما فيها حتى زرعت وحصد زرعها وافقت مدة الاجارة جاز لرب الارض التي وقعت الاجارة به لا شيء له غيره الى هنا لفظ الطحاوي قال الامام الاسبيجابي في تعليله لان الارض مما يختلف باختلاف الزرع فربما زرع ينقص الارض نقصانا كثيرا وربما زرع ينقصها نقصانا قليلا وربما زرع يزيد في الارض فلا يجوز ما لم يبين فان اختصما قبل الزراعة كان لكل واحد منهما فسخ الاجارة ولو زرع المستأجر فيها شيأ قبل الفسخ تعين ذلك للعقد وللمؤجر المسمى من الاجرة وكذلك لو استأجر دابة ولم يسم ما يحمل عليها أو استأجر ثوبا ولم يبين من يلبسه أو استأجر قدرا ولم يبين ما يطبخ فيها وقال أيضا في شرح الطحاوي اذا دفع الارض مزارعة على أن البذر من قبل العامل على أن الخارج بينهما وشرط عليه أن يزرع شيأ معلوما فزرع غيره فانه يكون مخالفا سواء أضر بالارض أو لم يضر بخلاف ما اذا آجر أرضه بدراهم والفرق بينهما أن الاجرة هناك بعض الخارج والخارج يختلف باختلاف الزرع فاذا شرط الحنطة فقد رضي أن تكون أجرتها حنطة فاذا زرع الشعير صار مخالفا ولا كذلك الاجارة بدراهم لان هناك الاجارة بدراهم كلها فلو بطل العقد انما يبطل لاجل المضرة فان كان ما زرع فيها يكون في المضرة مثله أو دونه لم يوجد الخلاف وان كان أكثر من ذلك يكون مخالفا اه

(قوله وكذا اذا شرط أن يرفع قدر بذره) أي ويكون الباقي بينهما نصفين اه (قوله والاجرة تقابل عمله دون الآلة) يعني لا يكون الاجر بمقابلة البقر بل بمقابلة العمل اه (قوله وفي الصورة الثانية يكون صاحب البذر الخ) قال الاتقاني وفي نوادر ابن رستم عن محمد اذا قال لغيره آجرتك أرضي هذه سنة بالثلث أو بالربع فهو جائز والبذر على المزارع ولو قال دفعت اليك أرضي أو قال أعطيتك أرضي مزارعة بالثلث فهو فاسد لانه ليس فيه بيان من عليه البذر وانه شرط ولا كذلك الصورة الاولى لان الاجرة تكون على المستأجر لا محالة اه وكتب ما نصه والبقر غير مستأجرة وانما استعملها في عمل نفسه وذلك لا يمنع صحة العقد اه غاية (قوله أو ماهلي الماذيانات والسواقي) الماذيان فارسي معرب أصغر من النهر وأعظم (٢٨٠) من الجدول والسواقي جمع الساقية وهي فوق الجدول دون النهر كذا في المغرب فعلى هذا

يكون الماذيان والساقية من الالفاظ المترادفة وفرق صاحب الغريبين بينهما فقال وفي حديث رافع بن خديج كانكري الارض بما على الماذيان وفي رواية أخرى بما على السواقي أي بما نبتت على الانهار الكبار والجبم يسمونها الماذيان وليست بعربية ولكنها سوادية والسواقي دون الماذيانات الى هنا لفظ الغريبين وقال الخطابي في شرح السنن والماذيانات الانهار معربة وقال أحمد بن المظفر الراوي في فوائده لمختصر القدوري الماذيانات معربة وهي الانهار العظام سميت بذلك لانها يتولد منها الانهار الصغار والسواقي الانهار الصغار لانها كالسقايات والربيع النهر الصغير اه غاية (قوله وهو ما اذا كانت الارض والبقر لواحد) قال الاتقاني وفي الفصل الرابع لا يجوز لانه يصير صاحب البذر وهو العامل مستأجرا للارض والبقر ببعض منفعة الخارج فيكون البعض بمقابلة البقر مقصودا ولم يرد به الشرع فبقي على أصل القياس وروى عن أبي يوسف في الامالي أنها جائزة وجعل منفعة البقر تبعا لمنفعة الارض كما جعلت تبعا لمنفعة العامل فان البقر تبع للارض في العقد ألا ترى أنه يصح وقف البقر مع الارض ولا يصح مقصودا اه قوله وفي الفصل الرابع أي وهو أن يكون البقر والارض من واحد والعمل والبذر من آخر اه (قوله والعمل والبذر لآخر) قال الكرخي في مختصره ولو كان البذر من قبل العامل وشرط البقر على رب الارض فان المزارعة فاسدة عند محمد لانه آجر البقر ببعض ما تخرج الارض ولا يجوز عنده أن يؤاجر غير الارض ببعض ما يخرج وقال محمد وهذا قياس قول أبي يوسف أيضا

معلوما وأن يخلي بين الارض والعامل لانه بذلك يتمكن من العمل فصار نظير المضاربة لا تصح حتى يسلم المال اليه حتى اذا شرط في العقد ما تفوت به التخلية وهو عمل رب الارض مع العامل لا يصح وأن يكون الخارج مشتركا بينهما لانه هو المقصود بها فتنعقد اجارة في الابتداء وتتم شركة في الانتهاء ولهذا الوشرط لاحدهما قفزان مسماة تفسد لانه يؤدي الى قطع الشركة في البعض المسمى أو في الكل اذا لم تخرج الارض أكثر من ذلك وكذا اذا شرط أن يرفع قدر بذره لما ذكرنا بخلاف ما اذا شرط أن يرفع عشر الخارج أو ثلثه والباقي بينهما لانه لا يؤدي الى قطع الشركة وهو يصلح أن يكون حيلة للوصول الى رفع البذر وأن تكون الارض والبذر لواحد والعمل والبقر لآخر أو تكون الارض لواحد والباقي لآخر أو يكون العمل لواحد والباقي لآخر وهذه الجمل من جملة شروطها وانما كان كذلك لان من جوزها انما جوزها على أنها اجارة ففي الصورة الاولى يكون صاحب البذر والارض مستأجر العامل وبقره تبع له لانعدام منفعتهما لان البقر آلة له فصار كمن استأجر خياطا ليخيط له بابرته أو صباغا ليصبغ له ثوبا يصبغ من عنده والاجر يقابل عمله دون الآلة فيجوز والاصل فيها أن صاحب البذر هو المستأجر فتخرج المسائل على هذا كما رأيت وفي الصورة الثانية يكون صاحب البذر مستأجرا للارض باجر معلوم من الخارج فيجوز كما اذا استأجرها بدراهم في الذمة وفي الصورة الثالثة يكون صاحب البذر مستأجرا للعامل وحده بالبقر بأجرة معلومة من الخارج فيجوز كما اذا استأجر خياطا ليخيط له قميصا بابرة من عند صاحب الثوب أو طيانا ليطين له بترمن المستأجر قال رحمه الله (فان كانت الارض والبقر لواحد والعمل والبذر لآخر أو كان البذر لاحدهما والباقي لآخر أو كان البذر والبقر لواحد والباقي لآخر أو شرطا لاحدهما قفزانا مسماة أو ما على الماذيانات والسواقي أو أن يرفع رب البذر بذره أو أن يرفع الخراج والباقي بينهما فسدت فيكون الخارج لرب البذر وللآخر أجر مثل عمله أو أرضه ولم يزد على ما شرط) والشيخ رحمه الله لما بين شروط جواز المزارعة بين أيضا الشروط المفسدة لها وبين أن الخارج في الفاسدة منها لصاحب البذر لانه نماء ملكه وأن للآخر أجر المثل ولا يزاد على المسمى لان صاحب البذر هو المستأجر والآخر هو الاجير على ما بينا والواجب في الاجارة الفاسدة أجر المثل لا يزاد على المسمى على ما عرف وعند محمد بالغة ما بلغت وقيل الخارج لصاحب الارض ويصير مستقرضا للبذر فيضاله باتصاله بارضه والاول أصح ثم قيل ان كان البذر لصاحب الارض طاب له الفضل وان لم يكن له لا يطيب له فيتصدق بما زاد على البذر وأجر الارض وهذه الجملة التي عدها مفسدة للاجارة أما الاول وهو ما اذا كانت الارض والبقر لواحد والعمل والبذر لآخر فلان صاحب البذر استأجر الارض واشتراط البقر على صاحب الارض مفسد للاجارة لان البقر لا يمكن أن يجعل تبعا للارض لان

(قوله لان منفعتها الانبات) أي بخلق الله اياها كذلك على هذه الطبيعة اه (قوله ومنفعة البقر الشق) أي وهو اقامة عمل الزراعة بخلق الله تعالى أيضا اه (قوله والباقي لآخر) فهذه المزارعة فاسدة لأنه يصير مستأجرا للارض والبقر والعامل جميعا بالبذر ولم يرد الشرع به اه غاية (قوله وعن أبي يوسف أنه يجوز) أي لانه استئجار العامل والارض ببعض الخارج وكل واحد منهما جائز عند الانفراد فكذا عند الاجتماع اه اتقاني (قوله وهو العمل والارض) فالمزارعة فاسدة لان الشرع لم يرد به اه غاية (قوله والباقي من آخر) قال الاتقاني وكذلك ان كان البقر وحده من أحدهما والباقي من الآخر فالمزارعة فاسدة في ظاهر الرواية وعن أبي يوسف أنه جوز ذلك كذا في تجريد المحيط اه ﴿فرع﴾ قال الشيخ ملا مسكين رحمه الله واعلم أن المزارعة على أربعة أوجه وهذا لان ما يقوم به المزارعة أربعة وهي الارض والبذر والعمل والبقر وبالتقسيم العقلي على سبعة أوجه لانه إما أن يكون الواحد من أحدهما والثلاثة من الآخر وهذا على أربعة أوجه وهو أن يكون الارض أو العمل أو البذر أو البقر (٣٨١) من أحدهما والباقي من الآخر الاولان

منفعة البقر ليست من جنس منفعة الارض لان منفعتها الانبات ومنفعة البقر الشق وبينهما اختلاف وشرط التبعية الاتحاد فصار شرطا مفسدا بخلاف ما اذا كان البقر مع العامل حيث يجوز لان البقر أمكن جعله تبعا لاتحاد منفعتهما لان منفعة البقر صلاحية يقام بها العمل كابرة الخياط وعن أبي يوسف أنه يجوز للتعامل والقياس يترك به والظاهر الاول وأما الثاني وهو ما اذا كان البذر لواحد والباقي لآخر وهو العمل والبقر والارض فلأن العامل أجير فلا يمكن أن تجعل الارض تبعا له لاختلاف منفعتهما فصار نظير البقر والارض من واحد والباقي من الآخر وهي المسئلة الأولى وعن أبي يوسف أنه يجوز للتعامل وأما الثالث وهو ما اذا كان البذر والبقر لواحد والباقي لآخر وهو العمل والارض فلما ذكرنا أن الارض لا يمكن جعلها تبعا لعمله لاختلاف المنافع ففسدت المزارعة وهنا وجه آخر لم يذكره في الكتاب وهو أن يكون البقر من واحد والباقي من آخر قالوا وهو فاسد وينبغي أن يجوز بالقياس على العامل وحده أو على الارض وحدها فانه يجوز أن يستأجر البقر كما يجوز أن يستأجر العامل أو الارض والجواب عنه أن القياس أن لا تجوز المزارعة لما فيها من الاستئجار ببعض الخارج وهو لا يجوز واغتر كذلك بالاثر والاثر ورد في استئجار العامل أو الارض فبقي ما وراءه على الاصل اذ استئجار شئ باجرة غير مشار اليه ولا في الذمة لا يجوز وقد ورد ذلك في استئجار الارض أو العامل في المزارعة فيقتصر عليه وأما اذا شرطا لاحدهما قفزانا مسماة أو ما على الماذيانات والسواقي أو أن يرفع رب البذر بذره أو أن يرفع الخراج فلما بينا أنه يؤدي الى قطع الشركة في البعض المسمى أو في الكل وشرط صحتها أن يكون الخارج كله مشتركا بينهما والمراد بالخراج هنا هو الموظف بان كان الموضوع على الارض دراهم مسماة أو قفزانا مسماة أو منهما وأما اذا كان الخراج خراج مقاسمة بان كان الموضوع عليها نصف الخارج أو ثلثه أو نحو ذلك من اجزاء الشائع فلا يفسد اشتراط رفعه لانه لا يؤدي الى قطع الشركة وقد ذكرناه من قبل وهو الحيلة لرفع قدر بذره على ما بينا وكذا اذا شرطا لاحدهما التبن وللآخر الحب لانه يحتمل أن تصيبه آفة فلا ينعقد الحب ولا يخرج الا التبن وكذا اذا شرطا التبن نصفين والحب لاحدهما لانه يؤدي الى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب ولو شرطا الحب نصفين ولم يتعرضا لذكر التبن صحت لاشتراكهما فيما هو المقصود ثم التبن يكون لصاحب البذر لانه نماء ملكه وفي حقه لا يحتاج الى الشرط كنصيب رب المال

جائزان والثالث غير جائز والرابع غير مذكور في الكتاب وهو غير جائز أيضا وإما أن يكون اثنان من أحدهما واثنان من الآخر وهو على ثلاثة أضرب وذلك أن تكون الارض مع البذر أو مع البقر أو مع العمل من أحدهما والباقيان من الآخر والاول جائز دون الآخرين اه (قوله والمراد بالخراج هنا هو الموظف) أي لان جواز المزارعة على خلاف القياس بالاثر وذلك ورد فيما اذا كان الخارج مشتركا وما سواه بقي على أصل القياس والاصل في هذا الباب أنه متى شرط شرطا يوهم قطع الشركة عن الخارج يفسد العقد لان العقد انما انعقد ليصير شركة في الانتهاء ومتى انقطع احتمال الشركة بقي اجارة

(٣٦ - زيلعي خامس) محضة بأجر معدوم وانه لا يصح اه غاية (قوله وكذا) أي تفسد المزارعة اه (قوله وللآخر الحب) أي لا يجوز لان هذا يؤدي الى قطع الشركة اه غاية ﴿فرع﴾ اذا شرطا أن يكون الحب والتبن بينهما نصفين جازت المزارعة ويكون التبن والحب بينهما كما شرط وكذا اذا شرطا أن يكون الخارج بينهما أو الزرع أو الريع بينهما جاز ويكون الحب والتبن بينهما لان اسم الخارج يتناولهما اه غاية (قوله ولو شرطا الحب نصفين ولم يتعرضا لذكر التبن الخ) في ظاهر الرواية يجوز ويكون التبن لصاحب البذر وعن أبي يوسف أنه لا يجوز هكذا ذكر الطحاوي عن محمد لان التبن مقصود كما أن الحب مقصود ووجه ظاهر الرواية أن استحقاق من لا بذر له بحكم الشرط ولم يوجد فبقي التبن لصاحب البذر فيصير كأنهما شرطا أن يكون الحب بينهما والتبن لصاحب البذر وذلك جائز لما ذكرنا اه غاية وكتب ما نصه ولو شرطا التبن بينهما وسكتا عن الحب لا يجوز لان المقصود هو الحب فالسكوت عن المقصود يكون بمنزلة التصريح عنهما وذلك لا يجوز اه اتقاني

(قوله ولو شرطا الحب نصفين والتبن لرب البذر صحت) وعن أبي يوسف انه لا يجوز أصلا لان هذا شرط يؤدي الى قطع الشركة لاحتمال أن لا يخرج الحب وجه ظاهر الرواية أن النص ورد بجواز المعاملة وانه شركة في الفرع وهو الثمر دون الاصل وهو الغراس فأمكن القول بجواز مثلها من المزارعة اه غاية قوله وهو الغراس الاصل هو التبن والغراس والفرع هو الحب والثمر لانه متولد منهما اه وكتب ما نصه قال الاتقاني وان شرطا الحب بينهما والتبن لاحدهما بعينه فان شرطاه لصاحب البذر جاز ولو شرطاه للآخر فسد اه (قوله ولو شرطا التبن للعامل) يعني فيما اذا شرطا أن الحب (٣٨٢) بينهما نصفان اه غاية (قوله حيث يستحق أجر المثل) الظاهر بعد قوله حيث يستحق أجر المثل لان أجر المثل الخ (قوله فلا يفسخ من غير عذر) أي عذر تفسخ به الاجارة اه قال الاتقاني الا أن يكون هنالك عذر مما تفسخ به الاجارة فيكون له فسخ الاجارة كذا في شرح الاقطع اه اتقاني (قوله فيفتي) هذا اذا امتنع رب الارض أما لو مات رب الارض فلا شئ للعامل عقابلة كرابه كما سيأتي قريبا اه (قوله في المتن وتبطل بموت أحدهما) قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي ولو دفع الارض اليه سنين ثم مات رب الارض في أول سنة منها بعد ما نبت الزرع لم يكن للورثة أخذ الارض استحسانا حتى يستحصد الزرع والقياس أن يثبت لهم حق الاخذ لانه يفسخ العقد بموت العاقد الا انا بقيناه استحسانا لاجل العذر وعقد الاجارة جوز للعذر فلا أن يبقى للعذر كان أولى ولهذا قلنا انه لو استأجر سفينة فلما توجه لجة البحر انتهت مدة الاجارة قدرنا عقد اجارة مبتدأ بأجر المثل لمكان العذر فاذا قدرنا عقدا مبتدأ لاجل العذر فلا أن يبقى المزارع والورثة على الشرط أولى وانفسخ العقد في السنين الباقية (قوله فادح) الفادح الثقيل يقال لصاحب فدحه الامر أثقله اه كاكي والفادح بالفاء اه مغرب (قوله وليس للعامل أن يطالبه بما كرب الارض الخ) قال في شرح الكافي والاعذار ثلاثة المرض الذي يقعد العامل عن العمل وخيانة العامل والدين الذي لا وفاء به عند سوى بيع الارض لانه يتعذر حصول الغرض مع هذه الاعذار غالبا فلم يكن في ابقاء العقد فائدة فكان له حق النقض اه اتقاني (قوله ولا كذلك لو زرع الارض ولم تنبت الخ) قال الاتقاني فاما اذا ألقى البذر في الارض ولم تنبت بعد كان له أن يبيع الارض لانه بعد لم يتعلق بها حق المزارع ويضمن له بذره على قول أبي يوسف وقال

في المضاربة وقال مشايخ بلخ التبن أيضا بينهما اعتبارا للعرف فيما لم ينص عليه المتعاقدان ولانه تبع للحب فيعطى له حكمه ولو شرطا الحب نصفين والتبن لرب البذر صحت لانه شرط لا يخالف موجب العقد لانه باق على حكم ملكه ولو شرطا التبن للعامل فسدت لانه شرط مخالف لمقتضى العقد فربما يؤدي الى قطع الشركة بان تصيبه آفة فلا ينعقد الحب ولا يخرج الا التبن قال رحمه الله (وان صحت فالخارج على الشرط) لصحة الالتزام قال رحمه الله (وان لم يخرج شئ فلا شئ للعامل) لانها اما اجارة أو شركة فان كانت اجارة فالواجب في العقد الصحيح منها المسمى وهو معدوم فلا يستحق غيره وان كانت شركة فالشركة في الخارج دون غيره فلا يستحق غيره بخلاف ما اذا فسدت المزارعة ولم تخرج الارض شيأ حيث يستحق أجر المثل في الذمة وعدم الخروج لا يمنع من وجوبه في الذمة قال رحمه الله (ومن أبى عن المضي أجبر الارب البذر) لانها انعقدت اجارة والاجارة عقد لازم غير أنها تفسخ بالاعذار فان امتنع صاحب البذر عن المضي فيها كان معذورا لانه لا يمكنه المضي الا باتلاف ماله وهو القاء البذر على الارض ولا يدرى هل يخرج أم لا فصار نظير ما لو استأجر أجيرا ليهدم داره ثم امتنع وان امتنع العامل أجبر على العمل لانه لا يلحقه به ضرر فلا يفسخ من غير عذر ثم اذا امتنع رب البذر والارض من قبله بعد ما كرب المزارع الارض فلا شئ له في عمل الكراب في القضاء لان عمله اغا يتقوم بالعقد وقد قوته بجزء من الخارج ولا خارج ويلزمه فيما بينه وبين الله تعالى أن يعطيه أجر مثل عمله كيلا يكون مغرورا من جهته لانه يتضرر به وهو مدفوع فيفتى بارضائه بان يوفيه أجر مثله قال رحمه الله (وتبطل بموت أحدهما) لانها اجارة وهي تبطل بموت أحد المتعاقدين اذا عقداها لانفسهما وقد بيناه في الاجارة وهذا على اطلاقه هو جواب القياس وفي الاستحسان اذا مات أحدهما وقد نبت الزرع يبقى عقد الاجارة حتى يستحصد ذلك الزرع ثم يبطل في الباقي لان في ابقاء العقد حتى يستحصد مراعاة الحقين فيصل العامل أو ورثته على حاله فاذا حصد يقسم على ما شرطا ولا ضرورة في الباقي فتبطل ولو مات رب الارض قبل الزراعة بعد ما كرب الارض وحفر الانهار انتقضت المزارعة لانه ليس في ذلك اتلاف مال على المزارع ولا شئ للعامل عقابلة العمل لانه يقوم بالخارج ولا خارج فلا يجب شئ بخلاف المسئلة الاولى حيث يبقى بارضائه لانه كان مغرورا من جهته بالامتناع باختياره ولم يوجد ذلك هنا لان الموت يأتي بدون اختياره واذا كان على رب الارض دين فادح ولم يقدر على قضائه الا ببيع الارض فسخت المزارعة قبل الزراعة وبعت بالدين لانها تنفسخ بالاعذار على ما بيناه وهذا عذر وليس للعامل أن يطالبه بما كرب الارض وحفر الانهار بشئ لان المنافع لا تتقوم الا بالعقد وتقوعها وقع بالخارج فاذا انعدم الخارج لم يجب شئ ولو نبت الزرع ولم يستحصد لم تبع الارض بالدين حتى يستحصد الزرع لان في البيع ابطال حق المزارع والتأخير أهون من الابطال ويخرجه القاضي من الحبس ان كان حبسه به لانه لما امتنع بيع الارض لم يكن هو مماطلا فلم يكن ظالما والحبس جزاء الظلم بالمماطلة ولا كذلك لو زرع الارض ولم تنبت بعد في رواية لانه ليس

محمد تقوم الارض ممنونة وغير ممنونة ويضمن ما زاد البذر فيها الا ان يحتاج الى قطع حقه عنه للحال فتجب القيمة للحال اه

لصاحب البذر في الارض عين مال قائم لان التبذير استهلاك ولهذا لو امتنع صاحب البذر عن المزارعة كان عذرا لانه امتناع عن الاستهلاك فصار المزروع مستهلكا والمستهلك ليس بمال فاذا لم تكن له عين فيها تباع في الحال في الدين كما تباع قبل الزراعة في الحال وقيل لا تباع حتى يستحصد كما لا تباع بعد النبات حتى يستحصد لان التبذير ليس باستهلاك وانما هو استنماء ألا ترى أن الاب والوصي يملكان زراعة مال الصغير ولو كان استهلاكا كالمأكل ملكاه فكان البذر فيها عين مال فلا تباع كما لا تباع بعد النبات قال رحمه الله (فان مضت المدة والزرع لم يدرك فعلى المزارع أجر مثل أرضه حتى يدرك) أي يجب على العامل أجر مثل الأرض الآخر الى أن يستحصد الزرع لان العقد قد انتهى بمضي المدة الا أن في قلعه ضررا فبقيناه بأجر المثل الى أن يستحصد فيجب على غير صاحب الارض بحصته من الاجرة لانه استوفى منفعة الارض بقدره بخلاف ما اذا مات أحدهما قبل ادراك الزرع حيث يترك الى أن يستحصد ولا يجب على المزارع شيء لانا بقينا عقد الاجارة هنالك استحسانا لبقاء مدة الاجارة فأمكن استمرار العامل أو ورثته على ما كان من العمل أما هنا فلا يمكن لانقضاء المدة فتعين ايجاب أجر المثل بالابقاء وكان العمل ونفقة الزرع ومؤنة الحفظ وكرى الانهار عليهما لانها كانت على العامل لبقاء العقد لانه مستأجر في المدة فاذا مضت المدة انتهى العقد فيجب عليهما مؤنته على قدر ملكهما لانه مال مشترك بينهما بخلاف ما اذا مات أحدهما قبل الادراك حيث يكون الكل على العامل لبقاء العقد على ما بينا وان أنفق أحدهما على الزرع بغير أمر القاضي وبغير أمر صاحبه فهو متطوع لانه لا ولاية له عليه ولا هو مضطر الى ذلك لانه يمكنه أن ينفق بأمر القاضي فصار نظير ترميم الدار المشتركة ولو أراد رب الارض أن يأخذ الزرع بقلا ليس له ذلك لما فيه من الاضرار بالآخر ولو أراد المزارع أن يأخذه بقلا قيل لصاحب الارض اقلع الزرع ان شئت فيكون بينهما أو أعطه قيمة نصيبه أو أنفق أنت على الزرع فارجع عليه بما أنفقت دفعا للضرر عنه ولو مات المزارع قبل ادراك الزرع فلورثته أن يعملوا ان أمكنه نظرا لهم ولا أجر لهم لانا بقينا العقد نظرا لهم فقاموا مقامه وهو لا يستحق الاجر في المدة فكذا هم وان أرادوا قلع الزرع لم يجبروا على العمل لانا بقينا العقد نظرا لهم واذا تركوا النظر لانفسهم كان لهم ذلك وكان الآخر الخيارات الثلاثة نظرا له على ما بينا قال رحمه الله (ونفقة الزرع عليهما بقدر حقوقهما كاجرة الحصاد والرفاع والدياس والتذرية) أي يجب عليهما نفقة الزرع على قدر ملكهما بعد انقضاء مدة المزارعة كما يجب عليهما أجرة الحصاد والرفاع والدياسة مطلقا من غير قيد بانقضاء مدة المزارعة أما نفقة الزرع بعد انقضاء المدة فلما ذكرنا وأما وجوب الحصاد والرفاع والدياسة والتذرية عليهما مطلقا فلأن عقد المزارعة يوجب على العامل عملا يحتاج اليه الى انتهاء الزرع ليزداد الزرع بذلك فيتناهى وجوب العمل عليه بتناهي الزرع لحصول المقصود فيبقى بعد ذلك مالا مشتركا بينهما فتجب مؤنته عليهما قال رحمه الله (فان شرطاه على العامل فسدت) أي شرطا العمل الذي يكون بعد انتهاء الزرع كالحصاد والرفاع والتذرية والدياس لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحدهما فيفسد وانما قلنا ذلك لان العقد يقتضي عمل المزارعة وهذه الاشياء ليست من أعمال المزارعة فكانت أجنبية فيكون شرطها مفسدا كشرط الحمل والطحن على العامل وعن أبي يوسف أن المزارعة مع شرط الحصاد والدياس والتذرية جائزة ومشايخ بلخ كانوا يفتون بهذه الرواية ويزيدون على هذا ويقولون يجوز شرط التنقية والحمل الى منزله على العامل لان المزارعة على هذا الشرط متعامل بين الناس ويجوز ترك القياس بالتعامل ألا ترى أن الاستصناع يجوز للتعامل واختار شمس الأئمة السرخسي رواية أبي يوسف وقال هو الاصح في ديارنا ولو شرطا الجداد على العامل أو الحصاد على غير العامل لا يجوز بالاجماع لعدم التعامل ولو أراد افصل الفصيل أو جداد التمر بسرا أو التقاط الرطب كان ذلك كله عليهما لانهما لما عزما

(قوله وان أنفق أحدهما على الزرع) أي فيما اذا انقضت مدة المزارعة والزرع بقل اه اتقاني (قوله أو أعطه قيمة نصيبه) أي نابتا اه اتقاني وكتب ما نصه ويكون الزرع كله لك اه (قوله فارجع عليه بما أنفقت) اعلم أن في الرجوع في حصة المزارع اشكالا ذكره الشارح في المساقاة عند قوله وتبطل بالموت فارجع اليه اه (قوله في المتن ونفقة الزرع عليهما بقدر حقوقهما الخ) حاصل الكلام هنا على ثلاثة أوجه ذكرها الكرخي في مختصره ما كان قبل بلوغ الزرع ما يصلح به الزرع فهو على العامل وما كان بعد ما تناهى الزرع فهو عليهما وما كان بعد القسمة فهو على كل واحد منهما في نصيبه خاصة دون صاحبه الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله وذلك لان كل ما يحتاج اليه الزرع قبل بلوغ الزرع مما يصلح به فهو على العامل لان ذلك عمل المزارعة وهو معقود عليه من جهة المزارع فيختص به وكل ما يحتاج اليه بعد تناهي الزرع فهو عليهما على قدر حصصهما فكذلك النفقة وما يحتاج اليه بعد القسمة فهو على كل واحد منهما في نصيبه لان نصيب كل واحد منهما قد تميز فيكون مؤنته عليه ما خاصة اه اتقاني (قوله ولو أراد افصل الفصيل الخ) التفصيل اسم لكل زرع بعد النبات قبل الادراك اه اتقاني وكتب ما نصه قال الاتقاني وقد قالوا لو شرط في المزارعة عملهما جميعا فالمزارعة فاسدة لان البذر ان كان من قبل العامل فهو مستأجر

للارض فاذا شرط عمل صاحبه لم يسلم ما آجر وذلك يمنع صحة الاجارة واذا كان البذر من قبل رب الارض واشترط عمله فلم يخل بين المزارع والارض ومن شرط المزارعة التخلية وصار كالمضاربة اذا شرط فيها عمل رب المال انها تفسد فكذلك المزارعة كذا في شرح الاقطع اه

على القصيل والجداد بسرا فصار كالحصاد بعد الادراك والله تعالى أعلم بالصواب

﴿ كتاب المساقاة ﴾

وهي مفاعلة من السقي لغة قال رحمه الله (هي معاقدة دفع الاشجار الى من يعمل فيها على أن الثمر بينهما) يعني في العرف قال رحمه الله (وهي كالمزارعة) حتى لا تجوز عند أبي حنيفة كالمزارعة وعندهما تجوز وشروطها عندهما شروط المزارعة في جميع ما ذكرنا الا في أربعة أشياء احدها اذا امتنع أحدهما يجبر عليه لانه لا ضرر عليه في المضي بخلاف المزارعة حيث لا يجبر صاحب البذر اذا امتنع والثاني اذا انقضت المدة يترك بلا أجر ويعمل بلا أجر على ما نبين وفي المزارعة بأجر على ما بينا والثالث اذا استحق النخيل يرجع العامل بأجر مثله والمزارع بقيمة الزرع والرابع في بيان المدة فانه اذا لم يبين فيها المدة يجوز استحسانا لان وقت ادراك الثمر معلوم وقل ما يتفاوت فيه فيدخل فيه ما هو المتيقن به وادراك البذر في أصول الرطبة في هذا بمنزلة ادراك الثمار لان له نهاية معلومة فلا يشترط فيه بيان المدة بخلاف الزرع لان ابتداءه يختلف والانتهاء مبني عليه فتدخله الجهالة الفاحشة وبخلاف ما اذا دفع اليه غرسا قد نبت ولم يثمر بعد معاملة حيث لا يجوز الا ببيان المدة لانه يتفاوت بقوة الاراضي وضعفها تفاوتا فاحشا فلا يمكن صرفه الى أول ثمرة تخرج منه وبخلاف ما اذا دفع نخيلا أو أصول رطبة على أن يقوم عليها حتى تذهب أصولها ونبتها لانه لا يعرف متى ينقطع النخيل أو الرطبات لان الرطبة تنمو ما دامت متركبة في الارض فتكون المدة مجهولة فتفسد المساقاة وكذا اذا أطلق في الرطبة ولم يزد قوله حتى تذهب بخلاف ما اذا أطلق في النخيل حيث يجوز وينصرف الى أول ثمر يخرج منه والفرق أن ثمر النخيل لادراكه وقت معلوم فينصرف اليه ولا يعرف في الرطبة أول جزة منه لانه لا يعرف متى يجز حتى لو كان معروفا جاز لعدم الجهالة فصار كبذره وثمار النخل ولو أطلق في النخيل ولم يثمر في تلك السنة انقضت المعاملة فيها لانتهاء مدتها فان سميا فيها مدة يعلم أن الثمر لا يخرج في تلك المدة فسدت المعاملة لفوات المقصود وهو الشركة في الثمار وان ذكرا مدة محتملة لطلوع الثمر فيها جازت المزارعة لعدم التيقن بفوات المقصود ثم ان خرج في الوقت المسمى فهو على الشركة لصحة العقد وان تأخر فللعامل أجر المثل لفساد العقد لانه تبين الخطأ في المدة المسماة فصار كما لو علم ذلك من الابتداء بخلاف ما اذا لم يخرج أصلا لان الذهاب بآفة سماوية فلا يتبين أن العقد كان فاسدا فيبقى العقد صحيحا ولا شئ لكل واحد منهما على صاحبه قال رحمه الله (وتصح في الشجر والكرم والرطاب وأصول الباذنجان) وقال الشافعي في الجديد لا تجوز الا في النخل والكرم ولا تجوز المزارعة الا تبعا للمساقاة لان القياس يأباهما لما قال أبو حنيفة رحمه الله في المزارعة وانما جوزناهما بالاثر وهو حديث خيبر وقد خصهما وله أصل في الشرع وهو المضاربة والمساقاة أشبه بها من المزارعة فان فيها الشركة في الزيادة دون الاصل وهو النخيل كما في المضاربة والشركة وفي المزارعة لا يتأتى ذلك لان

قال الاتقاني قال في شرح الطحاوي المساقاة عبارة عن المعاملة بلغة أهل المدينة ولاهل المدينة لغات يختصون بها فيقولون للمزارعة مخابرة وللاجارة بيعا وللمضاربة مقارضة وللصلاة سجدة ثم قال ولا ينبغي له أن يشترط العمل على صاحب الكرم فاذا اشترط فسدت المعاملة لان التخلية لم توجد ولو اشترط شيأ على المساقي مما تبقى منفعته وراء المدة فانه لا يجوز نحو القاء السرقين ونصب العرائش وتقليب أرض الغراس وغرس الاشجار وما أشبه ذلك فان المعاملة فاسدة وكذا لو اشترط قطف العنب على العامل فانه يفسد المعاملة فاذا فسدت فالخارج كله لصاحب الكرم ويجب عليه أجر المثل اه (قوله والرابع في بيان المدة الخ) قال الاتقاني في أول المزارعة وفيما اذا دفع الارض معاملة ففي القياس لا يجوز من غير بيان المدة وفي الاستحسان يجوز ويقع على أول ثمرة تخرج في تلك السنة فعلى جواز الاستحسان فرق محمد بين المزارعة والمعاملة فأوقع المعاملة على ثمرة واحدة وما أوقع المزارعة على زرع واحد في سنة واحدة اه (قوله وادراك البذر الخ) قال الاتقاني والبذر بالذال ما يبذر والبزر بالزاي بزر البقل وغيره كذا في الديوان وغيره وقد وقع سماعنا هذا في هذا الموضع بالذال اه (قوله حتى تذهب أصولها) أي فما خرج من ذلك فهو بينهما نصفان فهو فاسد اه غاية (قوله ونبتها) أي ينقطع نبتها اه (قوله فتفسد المساقاة) الا ان بينا المدة اه (قوله وكذا اذا أطلق في الرطبة) يعني لم يبين مدة اه (قوله ولم يزد قوله حتى تذهب) أي فان المساقاة فاسدة يعني اذا لم يكن للرطبة جزة معلومة واذا كانت معلومة جازت كما سيجيء في كلام الشارح رحمه الله اه (قوله وقال الشافعي في الجديد لا تجوز الخ) وفي القديم تجوز في كل شجرة لها ثمر اه اتقاني

شرط

(قوله ولان الاصل الخ) يعني لو كان الامر كما زعم الشافعي بان يكون الاترخص النخل والكرم ولكن الاصل في النصوص التعليل وانما جوزت المعاملة في النخل والكرم بعلة الحاجة والعلة تعامة في غيرهما فتجوز في الرطاب والباذنجان أيضا لوجود الحاجة فيهما اه غاية (قوله في المتن فان دفع نخلا فيه ثمرة الخ) قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره واذا دفع الرجل الى رجل نخلا فيه طلع معاملة بالنصف فهو جائز وان لم يسميا شيأ فهو على المعاملة حتى يبلغ فاذا بلغ فهو بينهما نصفان وكذلك لو دفعه اليه وقد صار بسرا أخضر وكذا لو دفعه اليه وقد صار أحمر لانه لم يتناه عظمه فهذه معاملة جائزة وهو بينهما نصفان فاذا دفعه وقد انتهى عظمه وليس يزيد على ذلك قليلا ولا كثيرا الا أنه لم يرطب فالمعاملة فاسدة فان قام عليه وحفظه حتى صار تمرا فجميع التمر لصاحب النخل وللعامل أجر مثله فيما عمل وكذلك العنب وجميع الفاكهة في الاشجار يدفعها فهو كما وصفت لك من ثمر النخل (٣٨٥) قال أبو الحسن وكذلك الزرع عالم يبلغ الاستحصاد لم يجز أن يدفعه الى من يقوم عليه ببعضه والجواب فيه مثل الاول الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله اه اتقاني ﴿فرع﴾ قال الاتقاني ما نصه قال في باب العذر في المعاملة من شرح الكافي واذا دفع الرجل الى الرجل نخلا معاملة فما أخرج الله تعالى من شئ فهو بينهما نصفان فقام عليه ولقحه حتى اذا صار أخضر مات صاحب الارض انقضت المعاملة وكان البسر بين ورثة صاحب الارض وبين العامل نصفين في القياس لان الاجارة تنتقض بموت أحد المتعاقدين على ما عرف لكنا نستحسن أن نقيم ورثة صاحب الارض مقامه ويبقى العقد لاجل الحاجة ثم قال فان قال العامل أنا آخذ نصف البسر فالورثة بالخيار ان شاؤا صيروا البسر واقتسموه وان شاؤا أعطوه نصف قيمة البسر وان شاؤا أنفقوا عليه حتى يبلغ ويرجعون بنصف نفقتهم في حصة العامل من التمر وقدم الوجه فيه في المزارعة اه ما قاله الاتقاني في المساقاة (قوله ولو التزم العامل الضرر) أي وقال أنا آخذ نصف البسر اه (قوله وفي رجوعهم في حصته فقط) لم يقل بقدر حصته ليرد ما ذكر بل معناه انهم يرجعون بجميع ما غرموا في نصيب المزارع لان العمل عليه فعليه بدله والشارح اعتقد أن معناه يرجعون عليه بقدر حصته مما غرموا أي يكون جميع ما غرموا عليهم وعليه فيرجعون بما عليه وليس كذلك اه قارئ الهداية نقلته من خطه رحمه الله تعالى (قوله اشكال) في هذا الاشكال نظر ظاهر اه وكتب ما نصه لا اشكال في قول صاحب الهداية وغيرها أصلا انما الاشكال فيما فهمه هذا الشارح رحمه الله من عبارتهم فانهم قالوا يرجعون عليه بذلك في حصته أي يرجعون في حصة العامل بجميع ما أنفقوا ولم يقل أحد منهم يرجعون بحصته اه كذا نقلته من خط البرهان الطرابلسي رحمه الله تعالى اه (قوله وهذا اخلاقة في حق مالي)

شرط رفع البذر مفسد اجماعا فجوزنا المعاملة مقصودا ولم نجوز المزارعة الا تبعا في ضمن المعاملة وكم من شئ يصح تبعا لا مقصودا كبيع الشرب تبعا لبيع الارض ولنا ما روى عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج من ثمر أو زرع رواه البخاري ومسلم وجماعة أخر وهذا مطلق فلا يجوز تقييده ببعض الاشجار دون بعض ولا تكون المزارعة تبعا للمعاملة بالرأي وقد ورد فيه أحاديث كثيرة كلها مطلقة فوجب اجراؤها على اطلاقها ويحكى نصا أن أهل خيبر كانوا يعاونون في الاشجار والرطاب ولان الاصل في النصوص أن تكون معاولة فجازت تبعا بها الى ما لا نص فيه لا سيما عند الخصم فانه لا يحتاج الى اقامة الدليل على انه معاول قال رحمه الله (فان دفع نخلا فيه ثمرة مساقاة والثمرة تزيد بالعمل صحت وان انتهت لا كالمزارعة) لان العامل لا يستحق الا بالعمل ولا أثر للعمل بعد التناهي فلو جاز بعد الادراك لاستحق بلا عمل ولم يرد به الشرع ولا يجوز الحاقه بما قبل التناهي لان جواز قبل التناهي للحاجة على خلاف القياس ولا حاجة الى مثله فبقي على الاصل وكذا على هذا اذا دفع الزرع وهو بقل جاز وان استحصد وأدرك لم يجز لما ذكرنا وهو المراد بقوله كالمزارعة قال رحمه الله (واذا فسدت فللعامل أجر مثله) لانها في معنى الاجارة كالمزارعة اذا فسدت قال رحمه الله (وتبطل بالموت) لانها في معنى الاجارة كالمزارعة وقد بيناه فيها) فاذا مات رب الارض والخارج بسر فللعامل أن يقوم عليه كما كان يقوم قبل ذلك الى أن يدرك الثمر وليس لورثته أن يمنعوه من ذلك استحسانا كما في المزارعة لان في منعه إلحاق الضرر به فيبقى العقد دفعا للضرر عنه ولا ضرر على الورثة ولو التزم العامل الضرر يخير ورثة الآخر بين أن يقتسموا البسر على الشرط وبين أن يعطوه قيمة نصيبه من البسر وبين أن ينفقوا على البسر حتى يبلغ فيرجعون عليه بذلك في حصة العامل من الثمر لانه ليس لالحاق الضرر به كما في المزارعة هكذا ذكره صاحب الهداية وغيره وفي رجوعهم في حصته فقط اشكال وكان ينبغي أن يرجعوا عليه بجميعه لان العامل انما يستحق بالعمل وكان العمل كله عليه ولهذا لو اختار المضي أولا يمت صاحبه كان العمل كله عليه فلو رجعوا عليه بحصته فقط يؤدي الى أن العمل يجب عليهما حتى يستحق المؤنة بحصته فقط وهذا خلف لانه يؤدي الى استحقاق العامل بلا عمل في بعض المدة وكذا هذا الاشكال وارد في المزارعة أيضا ولو مات العامل فلورثته أن يقوموا عليه وليس لرب الارض أن يمنعهم من ذلك لان فيه النظر من الجانبين فاذا أرادوا أن يصيروه بسرا كان صاحب الارض بين الخيارات الثلاث التي ذكرناها والاشكال الوارد في الرجوع بحصته وارد هنا أيضا وان ماتا جميعا فالخيار لورثة العامل لقيامهم مقامه وهذا خلافة في حق مالي

أي الخيار الثابت لورثة العامل وانما أتى بالسؤال مقدرا بأن يقال خيار الشرط لا يورث عندكم لانه عوض لا يقبل النقل فكيف يثبت هذا الخيار لهم فقال ليس هذا من باب توريث الخيار بل هذا خلافة في حق مالك وهو ترك الثمار على الاشجار الى أن تدرك فجاز اه اتقاني (قوله في المتن وتفسخ بالعذر) (٣٨٦) ثم هل ينفرد صاحب العذر بالفسخ أم يحتاج الى قضاء القاضي فيه روايتان ذكرناهما في المزارعة وقد مر بيانهما مستقصى في كتاب الاجارة في باب فسخ الاجارة أيضا اه غاية

كتاب الذبائح

المناسبة بين الكتابين أن المزارعة اتلاف موجود في الحال وهو تبذير البذر لتحصيل النفع في المآل من الخارج فكذا الذبح اتلاف الموجود في الحال لينتفع باللحم في المآل الا أن الاول سبب لحصول أقوات الانام والبهائم وهذا سبب لحصول غذاء بعض الحيوانات وكذا المسافة لتحصيل الثمرات كما أن الذبائح لتحصيل اللحم اه مسكين (قوله أفراد الاوداج) بالفاء من أفريت اذا قطعت اه عيني (قوله ومنه قوله صلى الله عليه وسلم) قال الاتقاني وفيه نظر لانه من كلام محمد بن علي وهو محمد ابن الحنفية لا من كلام النبي صلى الله عليه وسلم وبه صرح في الفائق وفسره بقوله أي اذا يبست من رطوبة النجاسة فذاك تطهيرها كما أن الذكاة تطهر الذبيحة وتحليلها ثم قال وقيل الذكاة الحياة من ذكت النار اذا جعلت واشتعلت فكأن الارض اذا يبست ماتت واذا طهرت حييت الى هنا لفظ الفائق اه اتقاني (قوله اللبة واللبين) اللبة رأس الصدر واللبان الذقن اه اتقاني (قوله ومن شرطه أن يكون الخ) وأما شرط وقوع

وهو ترك الثمار على الاشجار الى وقت الادراك لا أن يكون وارثه في الخيار فيورث بخلاف خيار الشرط فان أبى ورثة العامل أن يقوموا عليه كان الخيار في ذلك لورثة رب الارض على ما وصفنا واذا انقضت مدة المعاملة والخارج بسر أخضر فهو كالمزارعة اذا انقضت مدتها فللعامل أن يقوم عليها الى أن تنتهي الثمار كما كان ذلك للزارع لكن هنا لا يجب على العامل أجر حصته الى أن يدرك لان الشجر لا يجوز استئجاره بخلاف المزارعة حيث يجب على المزارع أجر مثل الارض الى أن يدرك الزرع لان الارض يجوز استئجارها وكذلك العمل كله على العامل ههنا وفي المزارعة عليهما لانه لما وجب أجر المثل للارض بعد انتهاء المدة في المزارعة لا يستحق العمل عليه كما يستحق قبل انتهائها قال رحمه الله (وتفسخ بالعذر كالمزارعة بان يكون العامل سارقا أو مريضا لا يقدر على العمل) لانها في معنى الاجارة وقد بينا أنها تفسخ بالاعذار وكونه سارقا عذر ظاهر لانه بسرقة الثمر أو السعف يلحقه ضرر وهو مدفوع شرعا وكذا مرض العامل اذا كان يضعفه عن العمل لانه يلحقه ضرر بالزامه استئجار الاجراء ولو أراد العامل ترك العمل لا يمكن منه في الصحيح وقيل يمكن وقالوا الا يمكن بالاتفاق وتأويل قول من قال انه يمكن أن لو شرط العمل عليه فيكون عذرا من جهة العامل ومن دفع أرضا بيضاء الى رجل سنين معلومة يغرس فيها شجرا أو كرما أو نخلا على أن تكون الارض والشجر بين رب الارض والغارس نصفين لم يجز لاشتراط الشركة فيما كان موجودا قبل الشركة لا بعمله وهي الارض أولانه استأجر أجيرا ليجعل أرضه بستانا بآلات الاجير على أن تكون أجرته نصف البستان الذي يظهر بعمله أولانه يكون في معنى قفيز الطحان فيفسد كما اذا استأجر صباغا ليصبغ له ثوبا بصبغ نفسه على أن له نصف المصبوغ ولان صاحب الارض يكون مشتريا بالنصف الغراس من العامل بنصف الارض والغراس مجهول ومعدوم وقد شرط عليه العمل في نصيبه في المدة أيضا وكل ذلك يوجب الفساد ثم جميع الثمر والغرس لرب الارض وللعامل قيمة غرسه وأجر مثل عمله لان العقد في الشجر لما كان فاسدا وقد غرسه العامل بأمره في أرضه صار كأن صاحب الارض فعل ذلك بنفسه فيصير قابضا للغرس باتصاله بارضه مستحقا لكالة بالعلوق فيها فيجب عليه قيمة أشجاره وأجر مثل عمله لانه انتفى لعمله أجرا وهو نصف الارض أو نصف الخارج ولم يحصل له منه شيء فيجب عليه أجر مثله والله أعلم بالصواب

كتاب الذبائح

قال رحمه الله (هي جمع ذبيحة وهي اسم لما يذبح) أي الذبائح جمع ذبيحة والذبيحة اسم للشيء المذبوح قال رحمه الله (والذبح قطع الاوداج) لقوله عليه الصلاة والسلام أفر الاوداج بما شئت والمراد الحلقوم والمرىء والودجان وانما عبر عنه بالاوداج تغليبا وبه يحل المذبوح وهو شرط لقول الله تعالى الا ما ذكيتم ولان المحرم هو الدم المسفوح وبالذبح يقع التمييز بينه وبين اللحم فيطهر به وان كان غير مأكول ولفظة الذكاة تنبئ عن الطهارة ومنه قوله صلى الله عليه وسلم ذكاة الارض يبسها أي طهارتها وأصل تركيب التذكية يدل على التمام ومنه ذكاء السن بالمد انتهاء الشباب وذكا النار بالقصر لتمام اشتعالها وهي اختيارية واضطرارية فالاولى الجرح بين اللبة واللبين والثانية الجرح في أي موضع كان من البدن وهذا كالبدل عن الاول لانه لا يصار اليه الا عند العجز عنه وهو آية البدلية وانما كان كذلك لان الاول أبلغ في اخراج الدم من الثاني فلا يترك الا بالعجز عنه ويكتفى بالثاني للضرورة لان التكليف بحسب الوسع ومن شرطه أن يكون الذابح صاحب ملة سماوية ثابتة حقيقة أو دعوى كالمسلم والكتابي

الذكاة فأربعة أشياء آلة جارحة بالاجماع لحديث ابراهيم النخعي قال اذا خزق المعراض فكل وان لم يخزق فلا تأكل والثاني أن يكون

الذابح ممن له ملة التوحيد وهو حلال في الحل إما دعوى واعتقادا كالمسلم أو دعوى كالكتابي فانه يدعي أنه صاحب ملة التوحيد بخلاف المجوسي فانه ليس له ملة التوحيد لا دعوى ولا اعتقادا لانه يقول بصانعين أحدهما خالق الخير وثانيهما خالق الشر فلا تحل ذبيحته والمحرم لا تحل ذبيحته وكذا الحلال اذا كان في الحرم لا يحل ذبحه للصيد والثالث أن يكون المحل من المحللات اما من كل وجه كأكول اللحم أو من وجه عندنا بأن كان مما يباح الانتفاع بجلده ان كان مما لا يحل أكله والرابع التسمية (٣٨٧) وهي شرط عندنا خلافا للشافعي قال في

ويشترط في حق الصيد أن يكون حلالا وأن يكون في غير الحرم على ما بينه ان شاء الله تعالى قال رحمه الله (وحل ذبيحة مسلم وكتابي) لما تلونا فانه عام فيدخل فيه المسلم والكافر الا ما خرج منهم بدليل وهو المشرك والمحرم في حق الصيد والمرتد ولقوله تعالى وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم والمراد به مذكاهم لان مطلق الطعام غير المذكى يحل من أي كافر كان ولا يشترط فيه أن يكون من أهل الكتاب ولا فرق في الكتابي بين أن يكون ذميا أو حربيا ويشترط أن لا يذكر فيه غير الله تعالى حتى لو ذكر الكتابي المسيح أو عزيرا لا يحل لقوله تعالى وما أهل به لغير الله وهو كالمسلم في ذلك فانه لو أهل به لغير الله لا يحل قال رحمه الله (وصبي وامرأة وأخرس وأقلف) والمراد بالصبي هو الذي يعقل التسمية ويضبط وان لم يعقل ولم يضبط لا تحل ذبيحته لان التسمية على الذبيحة شرط بالنص وذلك بالقصد وصحة القصد بالمعرفة والضبط وهو أن يعلم شرائط الذبح من فري الاوداج والتسمية والمعتوه كالصبي اذا كان ضابطا وهو الشرط والقلفة والانوثة لا تخل به فيحل والاخرس عاجز عن الذكر فيكون معذورا وتقوم الملة مقامه كالناسي بل أولى لانه ألزم قال رحمه الله (لا المجوسي ووثني ومرتد ومحرم وتارك اسم الله عمدا) أي لا تحل ذبيحة هؤلاء أما المجوسي فلقوله عليه الصلاة والسلام سنوا بهم سنة أهل الكتاب غيرنا حكى نساءهم ولا آكلي ذبائحهم ولانه ليس له دين سماوي فانعدم التوحيد اعتقادا ودعوى والوثني كالمجوسي فيما ذكرنا لانه مشرك مثله وأما المرتد فلانه لا ملة له لانه لا يقر على ما انتقل اليه ولهذا لا يجوز نكاحه بخلاف اليهودي اذا تنصر أو بالعكس أو تنصر المجوسي أو تهود لانه يقر على ما انتقل اليه عندنا فيعتبر ما هو عليه عند الذبح فحسب لما قبله حتى لو تمجس اليهودي لا تحل ذكاته لما تلونا والمتولد بين الكتابي والمشرك يعتبر الكتابي لان المشرك شر فيعتبر الاخف وأما المحرم فالمراد به في حق الصيد لان ذبيحته في غير الصيد تؤكل لان فعله فيه مشروع بخلاف الصيد لان فعله فيه غير مشروع فلا يحل أكله وكذا الحلال في حق الصيد في الحرم لانه منهي عنه فلا يكون مشروعا وكذا الكتابي لو ذبح صيدا في الحرم لا يحل وأما تارك اسم الله عمدا فلقوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه وانه لفسق ولقوله صلى الله عليه وسلم لعدي اذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله فكل الحديث وقال الشافعي اذا ترك الذابح التسمية عمدا تؤكل ذبيحته والمسلم والكتابي فيه سواء وكذا اذا ترك التسمية عند الرمي وارسال الجارح تؤكل عنده لقوله صلى الله عليه وسلم المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمى أو لم يسم ولحديث عائشة أنها قالت للنبي صلى الله عليه وسلم ان الاعراب يأتوننا باللحم فلا ندري أسموا عليها أو لم يسموا فقال عليه الصلاة والسلام سموا أنتم وكلوا ولو كانت شرطا لما أمرها بالاكل مع الشك ولان التسمية لو كانت شرطا لسقطت بالنسيان كالطهارة في الصلاة ولو كانت شرطا لقامت الملة مقامها كما في الناسي ولنا ما تلونا ومارويناه وعلى حرمة متروك التسمية عمدا انعقد الاجماع فيمن كان قبل الشافعي وهذا القول منه عد خرقا له وانما كان الخلاف بينهم في متروك التسمية ناسيا فمن مذهب ابن عمر رضي الله عنه أنه يحرم ومن مذهب علي وابن عباس أنه يحل ولهذا قال أبو يوسف والمشايخ ان متروك التسمية عمدا لا يسوغ فيه الاجتهاد حتى

الاجناس يعتبر في حصول الذكاة أربع شرائط أحدها صفة في الفاعل بأن يكون معتقدا الكتاب منزل في دين يقر عليه والثاني صفة في الفعل وهو وجود كراسم الله تعالى عليه في حق المذكى والثالث صفة الآلة بأن يكون ما يقطع له حدة والرابع صفة الموقع فيه وهو قطع الاوداج والاوداج أربعة الحلقوم والمريء والودجان الى هنا لفظ الاجناس وحكم الذكاة حل أكل المذبوح فيما يؤكل وطهارة جلده ان كان مما لا يؤكل لحمه الا الآدمي والخنزير فانه لا تلحقهما الذكاة وهذا لان حكم الذكاة ما يثبت به والذي ثبت بالذكاة هذا اه اتقاني (قوله في المتن وصبي وامرأة وأخرس وأقلف) بشرط أن يعلموا أن حل الذبيحة معلق بالتسمية وشرائط الذبح ويقدروا على فري الاوداج ويحسنوا القيام به لان التسمية شرط بالنص وذلك بالقصد وصحة القصد بما ذكرناه قاله باكير وقال في الكافي ويحل اذا كان يعقل

التسمية أي يعلم أن حل الذبيحة يتعلق بها والذبيحة أي شرائط الذبح من فري الاوداج ونحوه ويضبط أي يقدر على فري الاوداج ويحسن القيام به وان كان صبيا أو مجنونا أو امرأة أو أخرس أو أقلف أما اذا كان لا يعقل التسمية والذبحة ولا يضبط لا يحل لان التسمية على الذبيحة شرط لما يأتي بعده وذا بالقصد وصحة القصد بما ذكرنا اه (قوله وأما المحرم الخ) وفي كفاية البيهقي أن ما ذبحه المحرم في الحل أو الحرم لا يؤكل وكذا ما ذبحه الحلال في الحرم لا يؤكل وفي الملتقطات الحلال اذا ذبح صيدا في الحرم لا يؤكل اه (قوله فالمراد به في حق الصيد) أي سواء كان في الحل أو في الحرم اه (قوله لعدي) أي ابن حاتم الطائي اه

لو قضى القاضي بجواز بيعه لا ينفذ قضاؤه لكونه مخالفا للاجماع وما رواه مخالف للدليل القطعي من الكتاب والسنة واجماع الامة فكان مردودا أو نقول الحديث الاول محمول على حالة النسيان والثاني دليل لنا لانها سألت عن الاكل عند وقوع الشك في التسمية وذلك دليل على انهم لا يأكلونه الا اذا سمي عليه وهي شرط فيه وانما أمرها بالاكل بناء على الظاهر أنه لا يترك ظاهرا لكن اشترى شيأ جاز له الانتفاع به بناء على الظاهر انه ملكه قال رحمه الله (وحل لو ناسيا) أي حل المذكى ان ترك التسمية ناسيا وقال مالك لا يحل لما بيناه من الادلة اذ لا فصل فيها قلنا النسيان مرفوع حكمه بقوله عليه الصلاة والسلام رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ولان في اعتباره حرجا بينا والحرج مدفوع بالنص وانما قلنا ذلك لان الانسان كثير النسيان فيعذر في الاشياء التي لا مذكر لها من جهة حاله كالاكل في الصوم وترك الترتيب في قضاء الفوائت من الصلوات بخلاف الاكل وغيره في الصلاة والجماع في الحج حيث لا يختلف فيه بين الناسي والعامد لانه حالة مذكرة والنص غير مجرى على اطلاقه اذ لو أريد به مطلقا لجرت المحاجة بين السلف وظهر الانقياد وارتفع الخلاف بينهم وأقامة الملة مقام التسمية في حق الناسي وهو معذور لا يدل على الاقامة في حق العامد ولا عذر له والناسي ليس بمخصوص حتى يقاس عليه غيره ويخص بالقياس لانه ذاكر ومسم تقدير القيام الملة مقامها ولا يقال ان الآية مجملة لانه لا يدري هل أريد بها حال الذبح أو الطبخ أو حالة الاكل لانا نقول أجمع السلف على أن المراد بها حالة الذبح فتكون مفسرة فتم الاحتجاج بها ألا ترى أن ذبيحة المجوسي لا تؤكل وذبيحة الكتابي تؤكل وليس بينهما فرق يعقل الا أن الكتابي يسمي عند الذبح دون المجوسي ثم التسمية في ذكاة الاختيار يشترط أن تكون عند الذبح قاصدا التسمية على الذبيحة ولو سمى ولم يحضره النية صح لانه أتى بالتسمية وظاهر حاله يدل على أنه قصد به التسمية على الذبيحة فيقع عنها ولو سمى وأراد به التسمية لابتداء الفعل كسائر الافعال لا يحل لكن قال الله أكبر وأراد به متابعة المؤذن لا يصير شارعا في الصلاة وتشترط التسمية حالة الذبح لقوله تعالى فاذكروا اسم الله عليها صوافي وهي حالة النحر وبدل عليه قوله تعالى فاذا وجبت جنوبها فكلوا منها والمعتبر أن يذبح عقيب التسمية قبل أن يتبدل المجلس حتى اذا سمى واشتغل بعمل آخر من كلام قليل أو شرب ماء أو أكل لقمة أو تجديد شفرة ثم ذبح تحل وان كان كثيرا لا تحل لان ايقاع الذبح متصلا بالتسمية بحيث لا يتخلل بينهما شئ لا يمكن الا بحرج عظيم فأقيم المجلس مقام الاتصال والعمل القليل لا يقطع المجلس والكثير يقطع وهي على الذبيحة وفي الصيد يشترط عند ارسال الجارح أو الرمي وهي على الآلة لان التكليف بحسب الوسع والذي في وسعه في الاول الذبح وفي الثاني الرمي والارسال دون الاصابة فيشترط عند فعل يقدر عليه حتى لو أضجع شاة وسمى ثم تركها وذبح غيرها بالسكين الذي كان معه ولم يسم عليها لا يحل ولو رمى الى صيد وسمى فأصاب صيدا آخر حل وكذا اذا أرسل كلبه الى صيد فترك الكلب ذلك الصيد فأخذ غيره حل لتعلق التسمية بالآلة ولو أضجع شاة وسمى وطرح السكين وأخذ سكينا آخر فذبحها به ولم يسم حلت لتعلقه بالمذبوح ولو سمى على سهم فتركه وأخذ غيره فرمى به لم يؤكل لما ذكرنا ولو سمى فذبح شاتين على التعاقب حلت الأولى دون الثانية ولو أضجع احداهما فوق الاخرى فذبحهما دفعة واحدة بسكين واحدة وتسمية واحدة حل أكلهما قال رحمه الله (وكره أن يذكر مع اسم الله غيره وأن يقول عند الذبح اللهم تقبل من فلان وان قال قبل التسمية والاضجاع جاز) وهذا النوع على ثلاثة أوجه أحدها أن يذكر موصولا من غير عطف فيكره ولا تحرم الذبيحة مثل أن يقول باسم الله محمد رسول الله بالرفع لان اسم الرسول غير مذكور على سبيل العطف فيكون مبتدأ

(قوله والنص) أي وهو قوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه ليس المراد منه العموم ظاهرا ولهذا اختلفت الصحابة في متروك التسمية ناسيا ولم يحتج من قال بحرمته بالآية فلو جرت المحاجة بها لارتفع الخلاف بينهم فيه وظهر انقياد من قال بحل متروك التسمية ناسيا ورجع عن قوله وحينئذ لم تجر المحاجة ولم يرتفع الخلاف علم أن الآية متروك الظاهر وليس المراد منه النسيان بل المراد منه العمد اه اتقاني (قوله واقامة الملة الخ) جواب عن قول الشافعي حيث يقول أقيمت الملة مقام التسمية في حق الناسي فينبغي أن تقام الملة مقامها أيضا في حق العامد فقال الناسي معذور لان النسيان من قبل من له الحق فأقام الملة مقام التسمية فجعلهما عفوا والعامد ليس بمعذور فلا يقاس على الناسي لانه ليس في معناه اه (قوله وهي) أي التسمية اه (قوله وهي على الآلة) قال في الهداية ثم التسمية في ذكاة الاختيار تشترط عند الذبح وهو على المذبوح وفي الصيد تشترط عند الارسال والرمي وهي على الآلة قال الاتقاني أي التسمية في ذكاة الاختيار تقع على الذبح وفي الصيد تقع على الآلة وهي الشباب والكلب وفائدة هذا تظهر في مسائل ذكرها بعد هذا (قوله لا يحل) أي لان التسمية على الذبيحة على الطرز نفسه وليس على أخذ السكين اه (قوله لتعلقه بالمذبوح) أي وهو لم يتبدل اه (قوله لم يؤكل) أي لان التسمية على الآلة وقد تبدلت اه (قوله لكن

(قوله بل يحرم مطلقا بالعطف) هكذا هو في جميع ما وقفت عليه من النسخ وهو غير ظاهر لان الكلام فيما اذا لم يكن هناك عطف والظاهر أن يقال بل لا يحرم مطلقا بدون العطف فتنبه (قوله قال صلى الله عليه وسلم موطنان لا أذكر فيهما الخ) فاذا قال باسم الله ومحمد رسول الله صار الذبح ميتة اه اتقاني (قوله واختلفوا في النصب) وفي روضة الزندويستي النصب كالخفض لا يحل ولو قال باسم الله صلى الله على محمد يحل والاولى أن لا يفعل ولو قال باسم الله وصلى الله على محمد مع الواو يحل أكله ولو ذبح ولم يظهر الهاء في بسم الله ان قصد ذكر الله يحل وان لم يقصد وقصد ترك الهاء لا يحل كذا في خلاصة الفتاوى اه اتقاني (قوله جردوا التسمية) عند الذبح اه اتقاني (قوله أو سبحان الله) أو الله أكبر اه (قوله يريد به التسمية حل) قال الولوالجي ولو قال مقام التسمية الحمد لله أو سبحان الله يريد به التسمية أجزأه وان أراد التحميد ولم يرد التسمية لم يحل وكذلك لو قال والله أكبر لان هذه الالفاظ ليست بصريحة في باب التسمية انما الصريح باسم الله

لكن يكره لوجود الوصل صورة وان قال بالخفض لا يحل ذكره في النوازل وقال بعضهم هذا اذا كان يعرف النحو والا وجه أن لا يعتبر الاعراب بل يحرم مطلقا بالعطف لان كلام الناس اليوم لا يجري عليه ومن هذا النوع أن يقول اللهم تقبل من فلان لان الشركة لم توجد ولم يكن الذبح واقعا عليه ولكن يكره لماذكرنا والثاني أن يذكر موصولا على سبيل العطف والشركة نحو أن يقول باسم الله واسم فلان أو باسم الله وفلان او باسم الله ومحمد رسول الله بالجر فتحرم الذبيحة لانه أهل به لغير الله تعالى وقد قال تعالى وما أهل به لغير الله وقال عليه الصلاة والسلام موطنان لا أذكر فيهما عند العطاس وعند الذبح ولو رفع المعطوف على اسم الله يحل لانه مبتدأ واختلفوا في النصب ويكره فيهما بالاتفاق لوجود الوصل صورة والثالث أن يقول مفصولا عنه صورة ومعنى بأن يقول قبل أن يضجع الشاة أو قبل التسمية أو بعد الذبح اللهم تقبل هذا مني أو من فلان وهذا لا يكره لما روي انه صلى الله عليه وسلم قال بعد الذبح اللهم تقبل هذا عن أمة محمد عن شهدلك بالوحدانية ولي بالبلاغ وكان عليه الصلاة والسلام يقول اذا أراد أن يذبح اللهم هذا منك ولك ان صلاتي ونسكي ومحياي ومماتي لله رب العالمين لا شريك له وبذلك أمرت وأنا أول المسلمين باسم الله والله أكبر ثم ذبح وهكذا روي عن علي كرم الله وجهه والشرط هو الذكر الخالص على ما قال ابن مسعود رضي الله عنه جردوا التسمية حتى لو قال عند الذبح اللهم اغفر لي واكتفى به لا يحل لانه دعاء وسؤال ولو قال الحمد لله أو سبحان الله يريد به التسمية حل ولو عطس عند الذبح فقال الحمد لله لا يحل في الاصح لانه يريد الحمد على النعمة دون التسمية بخلاف الخطبة حيث يجزئه ذلك عن الخطبة لان المذكور فيها ذكر الله تعالى مطلقا بقوله تعالى فاسعوا الى ذكر الله وفي الذبيحة المأمور به هو الذكر على المذبوح بقوله تعالى فاذكروا اسم الله عليها صواف ومالم يذكر اسم الله عليه منهي عن أكله بقوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه وما تداولته الالسن عند الذبح وهو قوله باسم الله والله أكبر منقول عن النبي صلى الله عليه وسلم وعن علي وابن عباس مثله قاله ابن عباس في تفسير قوله تعالى فاذكروا اسم الله عليها صواف وذكر الحلواني المستحب أن يقول باسم الله الله أكبر بلا واو وبالواو يكره لانه يقطع فور التسمية قال رحمه الله (والذبح بين الحلق واللبة) وفي الجامع لا بأس بالذبح في الحلق كله وسطه وأعلاه وأسفله والاصل فيه ما روي أنه عليه الصلاة والسلام بعث منادا ينادي في فجاج منى ألا إن الذكاة في الحلق واللبة رواه الدارقطني ولانه يجمع مجرى النفس ومجرى الطعام ومجمع العروق فيحصل بقطعه المقصود على أبلغ الوجوه

فكان هذه الالفاظ كناية والكناية انما تقوم مقام الصريح بالنية كما في باب الطلاق حتى اذا عطس فقال الحمد لله يريد التحميد على العطاس وذبح لم يحل لانه لم توجد النية اه وكتب ما نصه قال محمد في الاصل أرأيت رجلا ذبح فقال الحمد لله على ذبيحته ولم يزد على ذلك أو قال الله أكبر أو سبحان الله قال ان كان يريد بذلك التسمية فانه يؤكل قال شيخ الاسلام خواهر زاده في شرحه وهذا لان هذه الالفاظ ليست بصريح في باب التسمية والصريح في باب التسمية اسم الله واذا لم تكن هذه الالفاظ صريحة في الباب كانت كناية والكناية انما تقوم مقام الصريح بالنية كما في كنايات الطلاق ان نوى الطلاق كان طلاقا والا فلا فكذا هذا وقال

(٣٧ - زيلعي خامس) الكرخي في مختصره وقال بشر عن أبي يوسف لو أن رجلا سمى على ذبيحته أو الرمية بالفارسية وهو يحسن العربية أو لا يحسنها أجزأه ذلك من التسمية ثم قال فيه التهليل والتحميد والتكبير والتسبيح بمنزلة التسمية للجاهل بالسنة والعالم بها الى هنا لفظ الكرخي وذلك لان المأمور به ذكر الله على وجه التعظيم وهذا موجود في جميع هذه الالفاظ وهذا ظاهر على أصل أبي حنيفة ومحمد في تكبير الصلاة وأما على قول أبي يوسف فلا يجوز الدخول في الصلاة الا بالتكبير لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث الاعرابي ثم تكبر وقال في الذكاة اذا أرسلت كلبك وذكرت اسم الله عليه فكل فظهر الفرق اه اتقاني (قوله لانه يقطع فور التسمية) قال الاتقاني رحمه الله عند قوله في الهداية وما تداولته الالسن عند الذبح ما نصه وقال صاحب الذخيرة قال البقالي والمستحب أن يقول باسم الله والله أكبر يعني بالواو ثم قال وذكر شمس الائمة الحلواني والمستحب أن يقول باسم الله الله أكبر بدون الواو لان الواو تقطع فور التسمية وفيه نظر اه وكتب ما نصه قال العيني رحمه الله قلت ان كان المنقول بالواو فلا يكره اه

(قوله مما يلي الصدر) يعني أن الذبح وقع فوق العقدة اه (قوله ثم حكى) أي صاحب النهاية اه (قوله وهذا مشكل الخ) قال الجلال الحلبي رحمه الله عند قوله في الهداية الذبح بين الحلق واللبة يعني محله وفيه دليل على ان أعلى الحلق ووسطه وأسفله في ذلك سواء كما هو رواية الجامع الصغير الا أن رواية الجامع تدل على أن الذبح فوق الحلق قبل العقدة لا يجوز لانه جعل الحلق محلا للذبح وانه ينتهي بالعقدة وهكذا روى في التتارخانية ووضع الاصل يقتضي اطلاقه بين اللبة واللحيين وان كان فوق العقدة الا أن شمس الائمة السرخسي فسر رواية الاصل على نحو ما ذكر في الجامع فكان المراد مما أطلق في الاصل المقيد في الجامع اه وهو يؤيد ما ذكره الشارح رحمه الله من عدم الجواز اه (قوله فلا يؤكل بالاجماع) قال الاتقاني رحمه الله بعد حكاية قول الرستغفني ويجوز أكلها سواء بقيت العقدة مما يلي الرأس أو مما يلي الصدر وانما المعتبر عندنا قطع أكثر الاوداج ما نصه وهذا صحيح لانه لا اعتبار لكون العقدة من فوق أو من تحت ألا ترى الى قول محمد بن الحسن في الجامع الصغير لا بأس بالذبح في الحلق كله أسفل الحلق أو وسطه أو أعلاه فاذا ذبح في الاعلى لا بد أن تبقى العقدة من تحت ولم يلتفت الى العقدة لا في كلام الله ولا في كلام رسوله بل الذكاة بين اللبة واللحيين بالحديث وقد حملت لاسيما على مذهب أبي حنيفة رضي الله عنه فانه يكتفي بالثلاث من الاربع أي ثلاث كانت ويجوز ترك الحلقوم أصلا فبالطريق الاولى أن

وهو لمجرى الدم والتقييد بالحلق واللبة يفيد أنه لو ذبح أعلى من الحلقوم أو أسفل منه يحرم لانه ذبح في غير المذبح ذكره في الواقعات وفي فتاوى سمرقند وذكر في النهاية ما يخالف هذا عن الامام (١) الرستغفني فانه قال سئل عن ذبح شاة فبقيت عقدة الحلقوم مما يلي الصدر وكان يجب أن تبقى مما يلي الرأس أتؤكل أم لا قال هذا قول العوام من الناس وليس هذا معتبر ويجوز أكلها سواء بقيت العقدة مما يلي الرأس أو مما يلي الصدر لان المعتبر عندنا قطع أكثر الاوداج وقد وجد ثم حكى ان شيخه كان يفتي به وهذا مشكل فانه لم يوجد فيه قطع الحلقوم ولا المريء وأصحابنا رحمهم الله وان اشترطوا قطع الاكثر فلا بد من قطع أحدهما عند الكل واذا لم يبق شيء من عقدة الحلقوم مما يلي الرأس لم يحصل قطع واحد منهما فلا يؤكل بالاجماع وفي الواقعات لو قطع الاعلى أو الاسفل ثم علم فقطع مرة أخرى الحلقوم قبل أن يموت بالاول ينظر فان كان قطع تمامه لا يحل لان موته بالاول أسرع منه بالقطع الثاني والاحل وذكر في فتاوى سمرقند قصاب ذبح الشاة في ليلة مظلمة فقطع أعلى من الحلقوم أو أسفل منه يحرم أكلها قال رحمه الله (والمذبح المريء والحلقوم والودجان) لما روي أنه صلى الله عليه وسلم قال أفر الاوداج بما شئت وهي عروق الحلق في المذبح والمريء مجرى الطعام والشراب والحلقوم مجرى النفس والمراد بالاوداج كلها وأطلق عليه تغليبا وانما قلنا ذلك لان المقصود يحصل بقطعهن وهو التوحية واخراج الدم لانه بقطع المريء والحلقوم يحصل التوحية وبقطع الودجين يحصل انهار الدم ولو قطع الاوداج وهي العروق من غير قطع المريء والحلقوم لا يموت فضلا عن التوحية فلا بد من قطعهما أو قطع أحدهما ليحصل التوحية ولا بد من قطع الودجين أو أحدهما ليحصل انهار الدم قال رحمه الله (وقطع الثلاث كاف ولو بظفر وقرن وعظم وسن منزوع وليطة ومروة وما أنهر الدم الا ستاوظفرا قائمين) وهذا الاكتفاء بالثلاث مطلقا قول أبي حنيفة رحمه الله وهو قول أبي يوسف أولا وعن أبي يوسف انه يشترط قطع

يحل الذبح اذا قطع الحلقوم وبقيت العقدة الى أسفل الحلقوم وبلغنا أن واحدا ممن ينسبون فقيها في زعم العوام وقد كان مشتهرا بينهم أمر برمي الذبيح الى الكلاب حيث بقيت العقدة الى الصدر لا الى ما يلي الرأس فبالله شعري ممن أخذ هذا أمن كتاب الله ولا أثر له فيه أو من حديث رسول الله ولم يسمع له فيه نبأ أو من اجماع الامة ولم يقل به أحد من الصحابة والتابعين أو من امامه الذي هو أبو حنيفة ولم ينقل عنه ذلك أصلا بل المنقول عنه وعن أصحابه ما ذكرناه أرأيت نسك الرجل هواه فضل وأضل قال تعالى

ولا تتبع الهوى فيضلك عن سبيل الله أو استحى عن الرجوع عن الباطل الى الحق وبخل من العوام كي لا يفسد اعتقادهم الحلقوم فيه اذا عمل بخلاف ما أفتى أولا فالرجوع الى الحق خير من التمادي في الباطل اه ما قاله الاتقاني وهو صريح في مخالفة ما ذهب اليه الشارح الزيلعي رحمه الله (قوله وذكر في فتاوى سمرقند قصاب ذبح الخ) قال الشيخ مسكين وفي ذبائح الذخيرة فان الذبح اذا وقع أعلى من الحلقوم أو أسفل منه لا يحل اه (قوله وهو التوحية) هي بالحاء المهملة فعلة من وحاه اذا عجل اه غاية (قوله في المتن ولو بظفر الخ) قال في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يذبح الشاة بظفر منزوع أو بقرن أو عظم أو سن منزوعة فينهر الدم ويفري الاوداج قال أكره هذا وان فعل فلا بأس بأكلها الى هنا لفظ أصل الجامع الصغير اه غاية (قوله وهو قول أبي يوسف أولا) قال الكرخي في مختصره والذكاة في اللبة وما فوق ذلك أي اللحيين وقال محمد في الجامع الصغير لا بأس بالذبح في الحلق كله أسفل الحلق أو وسطه أو أعلاه فاذا كانت الذكاة في هذه المواضع التي وصفنا مقدورا عليها وهي قرى الاوداج والاوداج أربعة الحلقوم والمريء والعرقان اللذان بينهما

(١) قول الشارح الرستغفني منسوب الى الرستغفن بضم أوله وسكون ثانيه وتاء مثناة من فوق مفتوحة وغين معجمة ساكنة وفاء مفتوحة وآخره نون من قرى سمرقند كذا في معجم ياقوت كتبه مصححه

الحلقوم والمرىء فاذا فرى المذكى ذلك أجمع فقد أكمل الذكاة وأصاب الذكاة المأمور بها على تمامها وسننها فان قصر عن ذلك ففرى من هذه الاربعة ثلاثة فان بشر بن الوليد روى عن أبي يوسف ان أبا حنيفة قال اذا قطع أكثر الاوداج أكل اذا قطع ثلاثة منها من أي جانب كان وعلى أي وجه كان وكذلك قال أبو يوسف ثم قال بعد ذلك لا آكل حتى تقطع الحلقوم والمرىء وأحد الودجين وذلك كله سواء في الابل والبقر والغنم والصيد وكل ذبيحة قال وكذلك الناقة ينحرها الرجل فهي كذلك في القولين جميعا في قول أبي حنيفة اذا قطع أكثر الاوداج أكل وفي قول أبي يوسف حتى يقطع الحلقوم والمرىء وأحد الودجين الى هنا لفظ الكرخي في مختصره وليذكر قول محمد وذكر القدوري في مختصره قول محمد كقول أبي يوسف وقال الناطفي في الاجناس وأما محمد (٣٩١) فقد ذكر في املائه رواية أبي سليمان الحلقوم والمرىء وأحد الودجين وعن محمد لابد من قطع أكثر كل واحد من هذه الاربعة وأجمعوا على انه يكتفي بقطع الاكثر من هذه العروق الاربعة لان الاكثر يقوم مقام الكل غير أن محمدا اعتبر أكثر كل واحد من هذه الاربعة وهو رواية عن أبي حنيفة لان كل واحد منها أصل بنفسه لانفصاله عن غيره ولورود الامر بفريه فيعتبر أكثر كل واحد منها وأبو يوسف رحمه الله يقول ان المقصود من قطع الودجين إنهار الدم فينوب أحدهما عن الآخر اذ كل واحد منهما مجرى الدم فأما الحلقوم والمرىء فخالفان للاوداج وكل واحد منهما يخالف الآخر فلا بد من قطعهما وأبو حنيفة رحمه الله يقول ان الاكثر يقوم مقام الكل وأي ثلاث منها قطع فقد قطع الاكثر وما هو المقصود منه يحصل به وهو إنهار الدم المسفوح والتوحية في اخراج الروح لانه لا يحيا بعد قطع المرىء والحلقوم ويخرج الدم بقطع أحد الودجين فيكتفي بالاكثر أيها كانت فلا حاجة الى اشتراط قطع المعين منها وقال الشافعي يكتفي بقطع الحلقوم والمرىء وقال مالك لابد من قطع الاربعة واحتج عليهما بما روينا فان فيه ذكر الاوداج بلفظ الجمع والثلاثة جمع فلا معنى لاشتراط الكل ولا للاقتصار على ما دون الثلاث وقوله ولو بظفر وقرن وسن مذهبنا وقال الشافعي المذبوح بهذه الاشياء ميتة لا يحل أكلها لقوله صلى الله عليه وسلم كل ما أنهر الدم وأفرى الاوداج ما خلا الظفر والسن فانهما مدى الحبشة ولانه فعل غير مشروع فلا يكون ذكاة كما اذا ذبح بغير المنزوع ولنا قوله عليه الصلاة والسلام أنهر الدم وبروى أفر الاوداج بما شئت وما رواه محمول على غير المنزوع فان الحبشة كانوا يفعلون ذلك اطهارا للجلد ولانها آلة جارحة فيحصل بها ما هو المقصود وهو اخراج الدم فصار كالحجر والحديد بخلاف غير المنزوع فانه يقتل بالثقل فيكون في معنى الموقوذة وانما يكره لان فيه زيادة الالم وقد نهينا عنه وأمرنا بضده وقوله وليطه ومروه وما أنهر الدم لما روى عن عدي ابن حاتم قال قلت يا رسول الله انا نصيب الصيد فلا نجد سكينا الا الظرار أو شقة العصا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أفر الاوداج بما شئت واذكر الله رواه البخاري ومسلم وغيرهما وأما الظفر القائم والسن القائم فلما روى عن رافع بن خديج أنه قال قلت يا رسول الله نلقى العدو غدا وليس معنا مدى فقال عليه الصلاة والسلام ما أنهر الدم وذكر اسم الله عليه فكلوا ما لم يكن سنا أو ظفرا وسأحدثكم عن ذلك أما السن فعظم وأما الظفر فمدى الحبشة رواه البخاري ومسلم وتأويل اذا كان قائما على ما بينا ألا ترى الى قوله عليه الصلاة والسلام أما الظفر فمدى الحبشة وهم كانوا يذبحون بالقائم منه قال رحمه الله (وندب حد الشفرة) لقوله صلى الله عليه وسلم ان الله كتب الاحسان على كل شيء فاذا قتلتم فأحسنوا القتلة واذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته رواه مسلم وأحمد وغيرهما ويكره أن

الجوزجاني قال محمد لو قطع الحلقوم والمرىء وأحد الودجين ونصف الآخران الودجين كأنهما شيء واحد فقد قطع الاكثر منهما فأكل وقال محمد في نوادر ابن رستم لو قطع من الحلقوم أكثره ومن المرىء أكثره ومن كل واحد من الودجين أكثره أكل وأما أبو يوسف فقال أخيرا لا يؤكل حتى يقطع الحلقوم والمرىء وأحد الودجين الى هنا لفظ الاجناس والحاصل أن عند أبي حنيفة اذا قطع ثلاثا منها أي ثلاث كانت حل وعن أبي يوسف ثلاث روايات إحداها هذه والثانية اشترط قطع الحلقوم مع آخرين والثالثة اشترط قطع الحلقوم والمرىء وأحد الودجين وعند محمد لابد من قطع أكثر كل واحد من هذه الاربعة كذا في المختلف اه اتقاني رحمه الله ﴿فرع غريب﴾ ذكر الاتقاني

رحمه الله في كتاب الجنايات عند قوله في الهداية وشبه الهداج أن الناريتع بها الذكاة لو جعلت على موضع الذبح فقطعت الحلقوم والودجين حل الاكل ذكره القدوري في شرحه اه ما قاله الاتقاني في شرح الهداية وعلى الهامش حاشية منقولة من خط نصها وهذه الرواية خلاف ما ذكرنا في أصول شمس الائمة وأصول فخر الاسلام ان الذكاة لا تتم بالثاني ذكره في باب دلالة النص اه (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم) أي حين سئل عن أمر الذبح (قوله كل ما أنهر الدم وأفرى الاوداج) أنهر الدم أي سيله وأفرى الاوداج أي قطعها اه غاية (قوله فانها مدى الحبشة) لانهم لا يقلمون الاظفار ويحددون الاسنان ويقاتلون بالحدس والعض اه غاية والمدى جمع مدية وهي السكين اه اتقاني (قوله وأما الظفر القائم والسن القائم) قال الولوالجي ولا يحل كل ذبح بسن أو ظفر غير منزوع لانه قاتل وليس بذابح اه (قوله وليحد أحدكم شفرته وليرح) أي ليعطها الراحة بالاسراع اه قال الاتقاني والشفرة السكين العظيمة اه

(قوله هو أن يصل الى النخاع) قال الاكمل والنخاع بالكسر والفتح والضم لغة فيها فسره المصنف بأنه عرق أبيض في عظم الرقبة ونسبه صاحب النهاية الى السهو وقال هو خيط أبيض في جوف عظم الرقبة يمتد الى الصلب وردبأن بدن الحيوان مركب من عظام وأعصاب وعروق وأوتار ومائعة شئ يسمى بالخيط أصلا اه قوله فسره المصنف أي صاحب الهداية اه (قوله ويكره أن يجر ما يريد ذبحه الى المذبح) قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره واذا أراد الرجل أن يذبح الذبيحة كره له أن يجرها بجلدها الى المذبح أو أن يضجعها ثم يحد الشفرة الى هنا لفظه وذلك لان الجر زيادة ألم لا يحتاج اليه في الذكاة اه اتقاني (قوله وكذا الوذبحها متوجهة لغير القبلة الخ) قال في الاصل أرأيت الرجل يذبح ويسمي ويوجه ذبيحته الى غير القبلة متعمدا أو غير متعمد قال لا بأس بأكلها قال خواهرزاده في شرح المبسوط أما الحل فلان الاباحة شرعا متعلقة بقطع الاوداج والتسمية وقد وجدت وتوجيه القبلة سنة مؤكدة لانه توارثه الناس وتركه السنة لا يوجب الحرمة ولكن يكره تركها من غير عذر اه اتقاني (قوله وفي الذبح من القفا زيادة ألم) قال الكرخي في مختصره وقال أبو حنيفة أن ضرب بعنق جزور بسيف فأبانها وسمى فان كان ضربا من قبل الحلقوم فانه يؤكل وقد أساء وان كان ضربا من قبل الظهر فان كان قطع الحلقوم والاوداج قبل أن تموت أكل وقد أساء وكذلك هذا في الشاة وكل ذبيحة وقال أبو حنيفة ان قطع رأس الشاة في الذبيحة أكل وان تعمد ذلك فقد أساء (٣٩٣) في التعمد وكذلك قال أبو يوسف الى هنا لفظ الكرخي وذلك لانه اذا ضرب هامن قبل الحلقوم فقد قطع العروق المشروطة في الذكاة وزاد في ألمها زيادة لا يحتاج اليها في الذكاة فيكره ذلك ولا يمنع الاكل كما لو جرحها فأما اذا ضرب هامن وراظهرها فان هي ماتت قبل قطع العروق لم تؤكل لانها ماتت قبل الذكاة وان قطع العروق قبل موتها فقد فعل الشرط الا أنه زاد في ألمها وذلك مكروه وقال الشيخ علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي قال الفقيه أبو بكر الاعمش وهذا انما يستقيم أن لو كانت تعيش قبل قطع العروق أكثر مما يعيش المذبوح حتى تحل بقطع العروق فيكون الموت مضافا اليه أما اذا كانت لا تعيش الا كما يعيش المذبوح فانه لا يحل لانه يحصل الموت مضافا نفسها الى الفعل السابق فلا يحل اه اتقاني (قوله وعن محمد الخ) قال الاتقاني ثم الابل والبقر اذا وجد منهما التوحش فانهما يحلان بذكاة الاضطرار سواء كانا في المصر أو خارج المصر فرقوا بين هذا وبين الشاة وقالوا في الشاة اذا ندت في المصر لا تحل بذكاة الاضطرار وفي خارج المصر تحل ذلك لان الابل والبقر اذا ندت في المصر فقد لا يقدر على ذكاة الاختيار فيهما لان الابل تدفع عن نفسها بشفرها وناجها والبقر بقرنه ويخاف القتل منهما فيقع العجز عن ذكاة الاختيار فيهما واذا حصل التوحش منهما في المصر فأما في الشاة فانما يتحقق العجز عن ذكاة الاختيار خارج المصر لانه لا يمكن أخذها فاما في المصر فيمكن أخذها ولا يخاف من جهتها القتل فلا يتحقق العجز عن ذكاة الاختيار وقال في العيون قال محمد في رجل رمى حمامة أهلية في الصحراء وسمى فلا تؤكل لانه يأوي الى المنزل الا أن تكون حمامة لا تهتدي الى منزلها اين سماعة في البعير أو الثور يندفلا يقدر على أخذه قال ان علم أنه لا يقدر على أخذه الا أن يجتمع له جماعة كثيرة فله أن يرميه وأما الشاة فلا يجوز اذا كانت في المصر لان البعير يند ويصول ويمتنع والثور ينطح فيمتنع كذا في العيون وقال في الاصل أرأيت ان أصاب قرن البقر أو الظلف فقتلها هل تؤكل قال ان أدمى حل وان لم يدم لا يحل لانه متى أدمى علمنا أن الجرح وصل الى اللحم وشرط الاباحة حصول الجرح في اللحم وقد وجد وأما اذا لم يدم فالجراحة لم تصل الى اللحم فلا تحل وهذا لان الذكاة تصرف في الحيوان فتى خلص الجرح الى موضع فيه حياة حل والا فلا كذا في شرح خواهرزاده اه اتقاني (قوله ندت) أي نفرت اه غاية

يضجعها ثم يحد الشفرة قلت روى انه عليه الصلاة والسلام رأى رجلا أضجع شاة وهو يحد شفرته فقال له لقد أردت أن تميتها موتات هلا حددتها قبل أن تضجعها قال رحمه الله (وكره النخع وقطع الرأس والذبح من القفا) والنخع هو أن يصل الى النخاع وهو خيط أبيض في جوف عظم الرقبة وانما كره ذلك لنهيه عليه الصلاة والسلام عن نخع الشاة اذا ذبحت وتفسيره ما ذكرنا وقيل أن يمد رأسها حتى يظهر مذبحها وقيل أن يكسر رقبتها قبل أن تسكن من الاضطراب وكل ذلك مكروه لان في جميع ذلك وفي قطع الرأس زيادة تعذيب الحيوان بلا فائدة ويكره أن يجر ما يريد ذبحه الى المذبح وأن يسلخ قبل أن يبرد لما ذكرنا وتؤكل في جميع ذلك لان الكراهية لمعنى زائد وهي زيادة الالم فلا توجب الحرمة وكذا الوذبحها متوجهة لغير القبلة يكره وتؤكل لان السنة في الذبح أن يستقبل بها القبلة هكذا روي عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم استقبل في أضحيته القبلة لما أراد ذبحها وفي الذبح من القفا زيادة ألم فيكره وتحل اذا بقيت حية حتى تقطع العروق لتحقق الموت بما هو ذكاة وان ماتت قبل قطع العروق لا تؤكل لوجود الموت بما ليس بذكاة قال رحمه الله (وذبح صيد استأنس وجرح فتوحش أو تردى في بئر) لان ذكاة الاضطرار لا يصار اليه الا عند العجز عن ذكاة الاختيار على ما مر ولم يتحقق العجز فيما استأنس من الصيد وتحقق فيما توحش من النعم وكذا فيما تردى في بئر ووقع العجز عن ذكاته بفرحه فمات من الجرح وعلم ذلك يؤكل وان علم أنه لم يمت من الجرح لا يؤكل وان أشكل ذلك أكل لان الظاهر أن الموت منه وكذا الدجاجة اذا تعلقت على شجرة وخيف فوتها صار ذكاتها الجرح وفي الكتاب أطلق فيما توحش من النعم وكذا فيما تردى وعن محمد أن الشاة اذا ندت في المصر لا تحل بالعقر لانها لا تدفع عن

(قوله حل أكله) قال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي وحكي في المنتقى في البعير اذا صال على انسان فقتله وهو يريد الذكاة حل أكله ان كان لا يقدر على أخذه وضمن قيمته لجعل الصول بمنزلة الند اه اتقاني (قوله كأوابد الوحش) يعني ان لها توحشا كتوحش الوحش اه غاية (قوله يحل أيضا) لانه عجز عن الذكاة الاختيارية اه ولواجي (قوله وكره تركه السنة المتوارثة) قال الاتقاني وأما وجه الكراهة فلانه زيادة في آلامها لا يحتاج اليها في الذكاة كما لو جرحها في موضع آخر كذا في شرح الاقطع اه (قوله تحت اللبين) أي في الحلقوم اه (قوله في المتن ولم يتذك جنين بذكاة أمه) قال الفقيه أبو الليث في العيون ولو أن شاة ذبحت فخرج من بطنها ولد ميت فان ذكاة الشاة لا تكون ذكاة الجنين في قول أبي حنيفة وزفر والحسن وقال أبو يوسف اذا خرج ميتا فقد تذكاة أمه

نفسها فيمكن أخذها وان ندت في الصحراء تحل بالعقر لتحقق العجز عن ذكاة الاختيار وفي البقر والابل يتحقق العجز في الصحراء والمصر فتحل بالعقر والصيال كالندود اذا كان لا يقدر على أخذه حتى لو قتله المصول عليه وهو يريد ذكاته وسعه أكله وقال مالك لا يحل النعم الاهلي بذكاة الاضطرار لان العجز فيه عن ذكاة الاختيار نادر والنادر لا حكم له ولنا ما روى عن رافع بن خديج قال كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في سفر فندّ بعير من ابل القوم ولم يكن معهم خيل فرماه رجل منهم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لهذه البهائم أوابد كأوابد الوحش فما فعل منها هذا فافعلوا به هكذا رواه البخاري ومسلم وجماعة آخر ولان المعتبر حقيقة العجز وقد تحقق فيصار الى البدل على أنا لا نسلم ندرته بل هو غالب وذكر في النهاية معزيا الى النوازل أن بقرة لو تعسرت عليها الولادة فأدخل صاحبها يده وذبح الولد حل أكله وان جرحه في غير موضع الذبح ان كان لا يقدر على مذبحه يحل أيضا وان كان يقدر لا يحل قال رحمه الله (ومن نحر الابل وذبح البقر والغنم وكره عكسه وحل) وانما كانت السنة في الابل النحر وفي البقر والغنم الذبح لموافقته السنة المتوارثة قال الله تعالى ان الله يأمركم أن تذبحوا بقرة وقال تعالى وفديناه بذبح عظيم وقال تعالى فصل لربك وانحر جاء في التفسير أي انحر الجزور ولان النحر أيسر في الابل وفي البقر والغنم الذبح أيسر فكان في كل واحد منهما السنة ما هو الايسر فيه وان نحر الغنم والبقر وذبح الابل جاز لحصول المقصود وهو تسييل الدم وكره لترك السنة المتوارثة وهو المراد بقوله وكره عكسه وحل وقال مالك لا يحل والحجة عليه ما بيناه والنحر قطع العروق في أسفل العنق عند الصدر والذبح قطع العروق في أعلى العنق تحت اللبين قال رحمه الله (ولم يتذك جنين بذكاة أمه) أي لا يصير الجنين مذكى بذكاة أمه حتى لا يحل أكله بذكاتها وهذا عند أبي حنيفة وزفر والحسن بن زياد وقال أبو يوسف ومحمد وجماعة آخر اذا تم خلقه حل أكله بذكاتها لقوله صلى الله عليه وسلم ذكاة الجنين ذكاة أمه وروى انه عليه الصلاة والسلام قيل له يا رسول الله انا ننحر الناقة ونذبح البقرة أو الشاة في بطنها الجنين أنلقيه أم نأكله فقال كلوا ان شئتم فان ذكاته ذكاة أمه واحتجوا أيضا بقوله تعالى ومن الانعام حمولة وفرشا قيل الفرش الصغار من الاجنة والحمولة الكبار فقد من الله علينا بإباحة أكله لنا ولانه جزء من الام حقيقة لكونه متصلا بها حتى يفصل بالمقراض ويتغذى بغذائها ويتنفس بنفسها وكذا حكما حتى يدخل في الاحكام الواردة على الام كالبيع والهبة والعتق فاذا كان جزأ لها فيكون جرح الام ذكاته عند العجز كما في الصيد والجامع أنه عجز في الاثنين عن ذكاتهما الاختيارية فانتقل الى ما هو في وسعه وهو الجرح في الصيد وذبح الام في الجنين فصار مثل بل فوقه لانه يموت به قطعا والغالب في الصيد الجروح السلامة لا سيما اذا وقع الجرح في أطرافه ولابي حنيفة ومن تابعه أن الله تعالى حرم الميتة وهو اسم لحيوان مات من غير ذكاة

وان خرج حيا وبقي مقدار ما يقدر على ذبحه لا يأكله وان لم يبق مقدار ما يذبح فانه يؤكل وروى هشام عن محمد أيضا قال ذكاة الجنين ذكاة أمه اذا تم خلقه وأما اذا لم يتم خلقه فانه لا يؤكل وقال شيخ الاسلام خواهرزاده في آخر كتاب الاضاحي قال أبو حنيفة وزفر الجنين لا يتذكى بذكاة الام وقال أبو يوسف ومحمد ومالك والشافعي انه يتذكى بذكاة الام وروى عن أبي يوسف ومحمد في غير رواية الاصول أن ذكاة الجنين ذكاة أمه اذا تم خلقه وصورة المسئلة ان الشاة أو الناقة أو البقرة اذا ذبحت وخرج من بطنها جنين ميت أو حي الا أنه مات قبل التمكن من ذبحه فانه لا يحل أكله في قول أبي حنيفة وزفر ويحل في قولهم جميعا الى هنا لفظ خواهرزاده اه اتقاني (قوله فان ذكاته ذكاة أمه) رواه أبو داود والنسائي اه (قوله حتى ينفصل) أي عن أمه بقطع سرته اه غاية (قوله ولابي حنيفة الخ) قال الاتقاني ولابي حنيفة ما روى محمد في كتاب الآثار قال أخبرنا أبو حنيفة عن حماد عن ابراهيم النخعي قال لا تكون ذكاة الجنين ذكاة نفسين يعني الجنين اذا ذبحت أمه لم يؤكل حتى تدرك ذكاته ولان الجنين لا يخلو اما أن يكون من جنس الحيوان المقدور على ذكاته أو من جنس الحيوان الذي لا يقدر على ذكاته ففي الاول يشترط الذبح وفي الثاني يشترط الجرح ولم يوجد في الجنين لا ذبح ولا جرح فلا يحل لانه ميتة اه ﴿فرع﴾ رجل أراد أن يذبح شاة ما لها ان تقاربت الولادة يكره الذبح لانه يضيع ما في بطنها وهذا التفريع بناء على قول أبي حنيفة رحمه الله لان الجنين لا يتذكى بذكاة أمه عنده اه ولواجي

(قوله ان صح التشبيه) قالت الشافعية في هذا بعد لما فيه من التقدير المستغنى عنه أما على رواية الرفع المحفوظة فذكاة الجنين خبر لما بعده أي ذكاة أم الجنين ذكاة له يدل عليه رواية البيهقي ذكاة الجنين في ذكاة أمه وأما على رواية النصب ان ثبت فبأن يجعل على الظرفية كما في جئتك طلوع الشمس أي وقت طلوعها والمعنى أن ذكاة الجنين حاصلة وقت ذكاة أمه وهو موافق لمعنى رواية الرفع الذي ذكرنا اه مجتبى وكتب ما نصه قال الاتقاني (٢٩٤) والجواب عن قوله عليه الصلاة والسلام ذكاة الجنين ذكاة أمه أن المراد به التشبيه بحذف حرف التشبيه وهو أبلغ وجوه التشبيه كقولك زيد أسد أي ذكاة الجنين كذكاة أمه كقولهم صوته صوت الاسد وريحه ريح المسك

﴿فصل فيما يحل وما لا يحل﴾ لما ذكر أحكام الذبائح شرع في تفصيل المأكول منها وغير المأكول اذ المقصود الاصلي من شرعية الذبح التوسل الى الاكل وقدم الذبح لانه شرط المأكول والشرط مقدم قاله الكاكي وقال الاتقاني لما كان للذكاة حكمان في المذبوح حل الذبيحة فيما يحل أكله وحصول الطهارة في اللحم والجلد فيما لا يحل أكله الا الآدمي والخنزير فانه لا تلحق الذكاة بهما ذكر في هذا الفصل ما يحل أكله وما لا يحل وكان الانسب أن يذكر مسائل هذا الفصل جميعها في كتاب الصيد لان كل ما ذكره من الصيد الا الفرس والبغل والحمار اه (قوله نهى عن أكل كل ذي ناب الخ) قال الكرخي في مختصره قال أبو يوسف في السنجاب والفنك والسمور والدلق كل شيء من هذا سبع مثل الثعلب وابن عرس لا يؤكل لحمه لانه من ذوات الناب فيدخل في عموم الخبر اه غاية (قوله وهو كل مختطف وهو منتهب) والاختطاف بمعنى الخطف والانتهاب بمعنى النهب قيل في الفرق بينهما ان الاختطاف من فعل الطير والانتهاب من فعل سباع البهائم فلما كان السبع شاملا لهذين النوعين فسر السبع بهذين الوصفين والعادي من عدا عليه عدوانا اه غاية (قوله هو سلاح) وهو المراد بالاجماع لان كل صيد لا يخلو عن مخلب اه اق

ألا ترى أن الله تعالى شرط التذكية بقوله تعالى الا ما ذكيتم وحرم المنخنقة والجنين مات خنقا فيحرم بالكتاب لانه أصل في الحياة حتى يتصور حياته بعد موت أمه فوجب افراده بالذكاة ليخرج الدم عنه فيحل به ولا يحل بذكاة غيره اذ المقصود بالذكاة اخراج دمه ليتميز من اللحم فيطيب ولا يكون تبعا لها ولهذا تفرد بايجاب الغرة ويقبل العتق وحده وتصح الوصية له وبه منفردا فلا يمكن جعله تبعا لامه فيه لانه لا يحصل المقصود بذكاة أمه وهو اخراج دمه بخلاف جرح الصيد لانه مخرج للدم وهو المقصود فيقوم مقام الذبح عند العجز يحققه أنه لو كان جزأ للام لحل أكله وان لم يتم خلقه لان جميع أجزاء الام مأكول فلما لم يؤكل قبل تمامه علمنا انه ليس بجزء لها وما رووه لا يعارض الدليل القطعي أو المراد بالحديث الاول ان صح التشبيه أي ذكاة الجنين كذكاة أمه والتشبيه على هذا الطريق فاش قال الله تعالى وجنة عرضها السموات والارض ويقال زيد أسد أي زيد كأسد قال الشاعر

فعيناك عيناها وجيدك جيدها * ولكن عظم الساق منك دقيق

أي كعينيها فلا يدل على انه يكتفي بذكاة الام والدليل عليه أنه يروى ذكاة أمه بالنصب على المصدر أي يذكى ذكاة مثل ذكاة أمه وهذا يبين أن المراد بالرفع التشبيه والا لفسد المعنى لانه يؤدي الى أن ذكاة الجنين هو ذكاة للام بمعنى أنه يكتفي به ويستغنى به عن ذكاة أمه لان قوله ذكاة الجنين مبتدأ وذكاة أمه خبر فيفسد المعنى لان أحدا لم يقل ان ذكاة الجنين تغني عن ذكاة الام وهذا كما تقول كلام زيد كلام القوم بمعنى انه يكتفي به ولا يحتاج الى كلامهم وانما كان كذلك لان المبتدأ والخبر اذا كانا معرفتين وجب تقديم المبتدا وتأخير الخبر بمعنى أن المتقدم هو المبتدأ والمتأخر الخبر والمراد من قولهم فيخرج من بطنها جنين ما أشرف على الموت قال الله تعالى انك ميت وانهم ميتون أي اذبحوه وكلوه وهذا مثل ما يروى انه عليه الصلاة والسلام أذن في أكل لحم الخيل أي اذا ذبح لان الشيء اذا عرف شروطه وذكر مطلقا ينصرف اليها كقوله تعالى أقم الصلاة أي بشروطها وانما يدخل الجنين في البيع تحريا للجواز لان البيع يفسد باستثنائه وانما يعتق باعتاقها كيلا ينفصل من الحرة ولد رقيق ولا يقال لو لم يحل أكله بذكاة أمه لما حل ذبح أمه لما فيه من تضييع الولد ونهى النبي صلى الله عليه وسلم عن اضاعة المال لانا نقول موته لا يتيقن به بل يتوهم ادراكه حيا فيذبح فلا يحرم أو لان المقصود لحم الام فلا يتوصل اليه الا به فكان قتله لغرض صحيح فاذا كان يجوز قتل المسلمين للتوصل الى المقصود كما اذا تترس الكفار بالمسلمين فما ظنك بالاجنة والله أعلم

﴿فصل فيما يحل وما لا يحل﴾ قال رحمه الله (لا يؤكل ذو ناب ومخلب من سبع وطير) أي لا يحل أكل ذي ناب من سباع البهائم وذي مخلب من سباع الطير لما روى ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن أكل كل ذي ناب من السباع وكل ذي مخلب من الطير رواه مسلم وأبو داود وجماعة أخر وعن أبي ثعلبة أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن أكل كل ذي ناب من السباع رواه البخاري والسباع جمع سبع وهو كل مختطف منتهب جارح قاتل عاد عادة والمراد بذي مخلب ما له مخلب هو سلاح وهو مفعل من الخلب وهو مزق الجلد ويعلم بذلك أن المراد بذي مخلب هو سباع الطير لا كل ما له مخلب

(قوله وهو الظفر) قال في المستصفى فان الحمامة لها مخلب والبعير له ناب وكذلك البقر اه (قوله لا كل ماله ناب) أي فان البعير له ناب والبقر كذلك اه (قوله ولان طبيعة) بيان لحكمة النهي عن تحريم أكل كل ذي مخلب من الطير وناب من السباع اه (قوله هذه الاشياء) وهي الاختطاف والانتهاب والقتل اه (قوله اكراما لبني آدم) أي كما كانت الاباحة فيما يؤكل كرامة له اه (قوله ويدخل في الحديث الضبع والثعلب) وقال الشافعي لا بأس بأكلهما لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه سئل عن الضبع فقال تلك نجعة سمينة وعن جابر بن عبد الله أنه سئل عن الضبع أصيد هو فقال نعم فقيل أسمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال نعم والمعنى ما حكى عن المزني أن السبع ما يعدو على الناس وعلى حقوقهم وهما لا يعدوان فلا يكونان من السباع ولنا ما روينا من نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن كل ذي ناب من السباع وهما من السباع لوجود معنى السبع فيهما والجواب عن حديث الخصم أن ما روينا مدل على الحرمة وما رواه مدل على الاباحة والتاريخ ليس بمعلوم فيجعل ما فيه تحريم متأخرا تعليلا للنسخ وقوله لا يعدوان ليس بمسلم بل يعدوان لانهما من جملة السباع اه اتقاني (قوله ويدخل فيه) أي في التحريم اه (٢٩٥) (قوله واليربوع وابن عرس من سباع الهوام) والهوام بتشديد الميم قال الاتقاني جمع الهامة وهي الدابة من دواب الارض وجميع الهوام نحو اليربوع وابن عرس والقنفذ مما يكون سكناه الارض والجدر مكروه أكله لان الهوام مستخبثة وقد قال تعالى ويحرم عليهم الخبائث ولانها تتناول النجاسات في الغالب وذلك من أسباب الكراهة وكذا جميع ما لا دم له فأكله مكروه لانه كله مستخبث فيدخل تحت قوله عز وجل ويحرم عليهم الخبائث الا الجراد فانه مخصوص بالحديث اه (قوله في المتن لا الابقع الذي يأكل الجيف) قال الاتقاني رحمه الله وقال صاحب الهداية وكذا الغداف أي لا يؤكل وهو غراب الغيط الكبير من الغربان وافى الجناحين قال التمرتاشي في شرحه والاصل في تحريم الغراب الابقع والغداف ما روى هشام بن عروة عن أبيه أنه سئل عن أكل الغراب فقال من يأكل ذلك بعد أن سماه رسول الله صلى الله عليه وسلم فاسقا يعني قوله صلى الله عليه وسلم خمس من الفواسق يقتلن في الحل والحرم اه (قوله لانه كالدجاج) أي فانه يخلط أيضا اه (قوله وذكر في بعضها أنه لا يؤكل) قال فخر الدين قاضيخان في فتاواه ولا يؤكل الخفاش لانه ذو ناب وفيه نظر لان كل ذي ناب ليس بمنهي عنه اذا كان لا يصطاد بنابه اه اتقاني قوله لانه ذو ناب ونص في الذخيرة والخلاصة على أنه لا يؤكل اه (قوله ولان له نابا) الواو ثابتة في خط الشارح وينبغي حذفها اه (قوله كان على الخلاف المعروف في لحم الخيل) وان كانت أمه بقرة يؤكل بلا خلاف اه ع (قوله في المتن وحل الارنب) قال في المصباح الارنب أنثى ويقع على الذكر والانثى وفي لغة يؤنث بالهاء فيقال أرنبة للذكر والانثى أيضا والجمع أرانب اه (قوله لانه صلى الله عليه وسلم أمر أصحابه الخ) قال الكرخي في مختصره ولم يروا جميعا بأسا بأكل الارنب قال أبو يوسف أما الوبر فلا أحفظ فيه عن أبي حنيفة شيأ وهو عندي مثل الارنب وهو

وهو الظفر كما أريد في ذي ناب من سباع البهائم لا كل ماله ناب ولان طبيعة هذه الاشياء مذمومة شرعا فيخشى أن يتولد من لحمها شئ من طباعها فيحرم اكراما لبني آدم وهو نظير ما روي أنه عليه الصلاة والسلام قال لا ترضع لكم الحمقاء فان اللبن يعدي ويدخل في الحديث الضبع والثعلب لان لهما نابا وما روي أنه عليه الصلاة والسلام أباح أكلهما محمول على الابتداء ويدخل فيه الفيل أيضا لانه ذو ناب واليربوع وابن عرس من سباع الهوام وكرهوا أكل الرخم والبغاث لانهما يأكلان الجيف قال رحمه الله (وحل غراب الزرع) لانه يأكل الحب وليس من سباع الطير ولا من الخبائث قال رحمه الله (لا الابقع الذي يأكل الجيف والضبع والضب والزنبور والسلحفاة والحشرات والحمر الاهلية والبغل) أي هذه الاشياء لا تؤكل أما الغراب الابقع فلانه يأكل الجيف فصار كسباع الطير والغراب ثلاثة أنواع نوع يأكل الجيف فحسب فانه لا يؤكل ونوع يأكل الحب فقط فانه يؤكل ونوع يخلط بينهما وهو أيضا يؤكل عند أبي حنيفة وهو العقعق لانه كالدجاج وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يكره لان غالب ما كوله الجيف والاول أصح وقال في النهاية ذكر في بعض المواضع أن الخفاش يؤكل وذكر في بعضها أنه لا يؤكل ولان له نابا وأما الضبع فلما روينا ولانه يأكل الجيف فيكون لحمه نابتا منه فيكون خبيثا وأما الضب والزنبور والسلحفاة والحشرات فلانها من الخبائث لان العرب تستخبثها وقد قال الله تعالى ويحرم عليهم الخبائث وما روي أنه عليه الصلاة والسلام أباح أكلها محمول على ما قبل التحريم ثم حرم الخبائث لانه لم يكن في الابتداء حرام الا ثلاثة أشياء على ما قال الله تعالى قل لا أجد فيما أوحي الي محرما على طاعم يطعمه الا أن يكون ميتة أو دما مسفوحا أو لحم خنزير ثم حرم بعد ذلك أشياء لا تحصى والشافعي يجوز أكل الضبع والضب ومالك جميع السباع والحشرات استدلالا بما تلوناه وروينا والحجة عليهما ما بينا وأما الحمر الاهلية فلما روي عن ثعلبة الخشني أنه قال حرم رسول الله صلى الله عليه وسلم لحوم الحمر الاهلية رواه البخاري ومسلم وأحمد وأما البغل فلانه من نسل الحمار فكان كأصله حتى لو كانت أمه فرسا كان على الخلاف المعروف في لحم الخيل لان المعتبر في الحل والحرمة الام فيما تولد من مأكول وغيره مأكول قال رحمه الله (وحل الارنب) لانه عليه الصلاة والسلام أمر أصحابه أن يأكلوه حين أهدي اليه مشويا رواه

الكبير من الغربان وافى الجناحين قال التمرتاشي في شرحه والاصل في تحريم الغراب الابقع والغداف ما روى هشام بن عروة عن أبيه أنه سئل عن أكل الغراب فقال من يأكل ذلك بعد أن سماه رسول الله صلى الله عليه وسلم فاسقا يعني قوله صلى الله عليه وسلم خمس من الفواسق يقتلن في الحل والحرم اه (قوله لانه كالدجاج) أي فانه يخلط أيضا اه (قوله وذكر في بعضها أنه لا يؤكل) قال فخر الدين قاضيخان في فتاواه ولا يؤكل الخفاش لانه ذو ناب وفيه نظر لان كل ذي ناب ليس بمنهي عنه اذا كان لا يصطاد بنابه اه اتقاني قوله لانه ذو ناب ونص في الذخيرة والخلاصة على أنه لا يؤكل اه (قوله ولان له نابا) الواو ثابتة في خط الشارح وينبغي حذفها اه (قوله كان على الخلاف المعروف في لحم الخيل) وان كانت أمه بقرة يؤكل بلا خلاف اه ع (قوله في المتن وحل الارنب) قال في المصباح الارنب أنثى ويقع على الذكر والانثى وفي لغة يؤنث بالهاء فيقال أرنبة للذكر والانثى أيضا والجمع أرانب اه (قوله لانه صلى الله عليه وسلم أمر أصحابه الخ) قال الكرخي في مختصره ولم يروا جميعا بأسا بأكل الارنب قال أبو يوسف أما الوبر فلا أحفظ فيه عن أبي حنيفة شيأ وهو عندي مثل الارنب وهو

يعتاف البقول والنبت الى هنا لفظ الكرخي اه اتقاني قوله الوبر الوبر دويبة مثل الهرة غبراء اللون كحلاء لاذنب لها والجمع وبار مثل مهم وسهام والانثى وبرة قيل هي من جنس بنات عرس كذا في المصباح اه (قوله ولانه ليس من السباع) لاسباع الطير ولا سباع الوحش اه (قوله في المتن وذبح ما لا يؤكل لحمه يطهر لحمه وجلده) قال في باب المياه من النهاية في هذه الرواية نوع ضعف والصحيح أن اللحم لا يطهر بالذكاة وكذا في معراج الدراية وغيرهما اه (قوله لان أثر الذكاة في اباحة اللحم الخ) قال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير اتفق أصحابنا في الحمار اذا ذبح أن لحمه طاهر وأنه لا يؤكل اه اتقاني في الكراهية (قوله فلا بد من الدباغ) أي ليحصل طهارة الجلد اه (قوله فانه ينتفع به في غير الاكل) يعني في الاستصباح ودهن الجلد ونحوه اه غاية (قوله وقد ذكرناه في كتاب الطهارة) أي في سؤر ما لا يؤكل اه (قوله وهو مباح فيما لا يحل أكله) أي لمنافع أخر سوى الاكل اه اق (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم أحلت لنا ميتتان ودمان) رواه الدارقطني والبيهقي والشافعي وأحمد من حديث عبد الرحمن بن زيد بن أسلم عن أبيه عن ابن عمر مرفوعا قال البيهقي وروي موقوفا على ابن عمر وهو الاصح اه دميري وكتب ما نصه (٣٩٦) فان قيل قوله صلى الله عليه وسلم أحلت لنا ميتتان ودمان ورد مخالفا لقوله تعالى حرمت عليكم الميتة والدم قلنا هذا حديث مشهور فيجوز التخصيص به ولان الالف واللام اذا لم يكن ثم معهود والميتة من الدموية كانت معهودة عندهم وكذا الدم ينصرف الى المعهود وهو الدم المسفوح ولان هذا الحديث مؤيد بالاجماع فيجوز التخصيص بمثله على أن حل السمك ثبت بقوله تعالى تأكلون منه لحما طريا وقوله تعالى أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعا لكم وطعامه ما وذلك لا يتوقف حله على الذبح والكبد صار حلالا بدلالة قوله تعالى قل لا أجد فيما أوحي الي محرما الآية اه مستفى وكتب ما نصه ولا يرد علينا كراهة الطافي لانه مخصوص بالحديث الآخر اه اتقاني ﴿فرع﴾ قال في الهداية ولا بأس بأكل الجريث والمار ماهي وأنواع السمك مثله والجراد بلا ذكاة قال الاتقاني والجريث الجرى من أنواع السمك انما أحل لعموم قوله صلى الله عليه وسلم أحلت لنا ميتتان ودمان السمك والجراد والكبد والطحال وروى محمد في الاصل عن عمر بن شوذب عن عمرة بنت أبي طبيخ قالت خرجت مع وليدة لنا فاشترينا جريثة بقفيز حنطة فوضعناها في زنبيل فخرج رأسها من جانب وذنبها من جانب فربنا على رضي الله عنه فقال بكم أخذتن قالت فأخبرته فقال ما أطيبه وأرخصه وأوسعه للعيال فيه دليل على أن الجريث يؤكل لانه نوع من السمك فيحل كسائر الانواع وهذا الحديث حجة لنا على بعض الروافض وأهل الكتاب فانهم يكرهون أكل الجريث ويقولون انه كان ديوثا يدعو الناس الى حليلته فمسخ وهو متروك بقول علي رضي الله عنه كذا قال خواهر زاده في شرحه وروى محمد أيضا في الاصل عن ابن عباس أنه سئل عن الجريث فقال أما نحن فلا نرى به بأسا وأما أهل الكتاب فيكرهونه فاذا صح عن علي وابن عباس اباحة الجريث ولم يرد عن غيرهما خلاف ذلك حل محل الاجماع وكذا الجراد حلال سواء مات حتف أنفه أو قتله الآخذ اه

أحمد والنسائي ولانه ليس من السباع ولا من أكلة الجيف فأشبه الظبي قال رحمه الله (وذبح ما لا يؤكل لحمه يطهر لحمه وجلده الا الآدمي والخنزير) وقال الشافعي رحمه الله الذكاة لا تؤثر في جميع ذلك لان أثر الذكاة في اباحة اللحم أصل وفي طهارته وطهارة الجلد تبع ولا تبع بدون الاصل فصار كذبح المجوسي ولنا أن الذكاة مؤثرة في ازالة الرطوبة النجسة فاذا زالت طهرت كما في الدباغ وهذا الحكم مقصود في الجلد كالتناول في اللحم وفعل المجوسي قتل فلا بد من الدباغ وكما يطهر لحمه يطهر شحمه أيضا حتى لو وقع في الماء القليل لا يفسده وهل يجوز الانتفاع به لغير الاكل قيل لا يجوز اعتبارا بالاكل وقيل يجوز كالزيت اذا خالطه شحم الميتة والزيت غالب فانه ينتفع به في غير الاكل والخنزير لا يؤثر فيه الدباغ لنجاسته والآدمي لكرامته وفي رواية لا يطهر بالذكاة لحم ما لا يؤكل لحمه والجلد يطهر هو الصحيح وقد ذكرناه في كتاب الطهارة قال رحمه الله (ولا يؤكل مائي الا السمك غير الطافي) وقال مالك يؤكل جميع حيوان الماء واستثنى بعضهم الخنزير والسباع والكلب والانسان وعن الشافعي أنه أباح ذلك كله قال صاحب الهداية الخلاف في الاكل والبيع واحد وينبغي أن يجوز بيعه بالاجماع لطهارته لهم قوله تعالى أحل لكم صيد البحر من غير فصل وقوله عليه الصلاة والسلام في البحر هو الطهور ماؤه والحل ميتته ولانه لا دم في هذه الاشياء اذ الدموي لا يسكن الماء والمحرم هو الدم فأشبه السمك وروى جابر انهم أصابهم جوع شديد في الغزو فألقى البحر حوتا ميتا يقال له العنبر فأكلنا منه نصف شهر قال فلما قدمنا المدينة ذكرنا ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال كلوا رزقا أخرجه الله لكم ان كان معكم أطعمونا الحديث ولنا قوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث وما سوى السمك خبيث ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن التداوي بدواء اتخذ فيه الضفدع ونهى عن بيع السرطان والصيد المذكور فيما يحمل على الاصطياد وهو مباح فيما لا يحل أكله والميتة المذكورة فيما روى محمول على السمك وهو حلال مستثنى من ذلك لقوله عليه الصلاة والسلام أحلت لنا ميتتان ودمان أما الميتتان فالسمك والجراد وأما الدمان فالكبد والطحال وحديث جابر لا يدل على مرادهم لانه قال فجعنا جوعا شديدا فألقى البحر حوتا ميتا لم ير

(قوله ما نضب) النضوب ذهاب الماء اه غاية (قوله ثم الاصل فيه الخ) قال في شرح القدوري الزاهدي ثم الاصل في السمك عندنا اذا مات بآفة يحل كالمأخوذ والميت بالحر والبرد والانخناق تحت الجد أو ابانة بعضه أو اصطياد غيره ونحوها واذا مات من غير آفة لا يحل كالطافي اه (قوله ويؤكل كالطافي أيضا) قال في الهداية ثم الاصل عندنا في السمك أنه اذا مات بآفة يحل كالمأخوذ واذا مات حتف أنفه لا يحل كالطافي وتنسحب عليه فروع كثيرة قال الاتقاني منها اذا ضربها رجل فقطع بعضها يحل المبان والمبان منه لانه مات بآفة ظاهرة والمبان من الحي وان كان ميتة لكن حل المبان هنالك لان ميتة السمك حلال بالحديث ومنها ان وجد في بطنها سمكة أخرى أو قتلها طير الماء لا بأس بأكلها لان الموت حصل الى سبب ظاهر وهو ابتلاع السمكة أو قتل الطير اه (قوله في المتن ولو ذبح شاة فتحركت أو خرج الدم) انظر ما قاله الشارح في كتاب الصيد قبيل قوله وان رمى صيدا فقطع عضوا منه أكل الصيد والعضو اه (قوله وعن أبي حنيفة أنها الخ) قال الولوالجي في فتاواه رجل ذبح شاة أو بقرة فهذا على أربعة أوجه ان تحرك بعد الذبح وخرج منه دم مسفوح أو تحرك ولم يخرج منه دم مسفوح أو خرج منه دم مسفوح ولم يتحرك ففي الوجوه الثلاثة يحل لانه وجد علامة الحياة وعلامة الحياة أحد هذين الامرين اما الدم المسفوح أو الحركة وفي الوجه الرابع وهو ما اذا لم يتحرك ولم يخرج منه دم مسفوح لا يحل لانه لم يوجد علامة الحياة ولكن هذا اذا لم يعلم حياته وقت الذبح فان علم حل وان لم يتحرك ولم يخرج منه دم أصلا اه (قوله هذا كله اذا لم يعلم حياته وقت الذبح) قال في البناية وروى ابن سماعة عن محمد أنه قال لا بد أن يكون بحال يعيش يوما أو نحوه والمختار أن كل شيء ذبح وهو حي حل أكله ولا وقيت فيه وعليه الفتوى قوله حل أكله أي لقوله تعالى الا ما ذكيتم من غير فصل اه

مثله يقال له عنبر الحديث هكذا رواه البخاري ومسلم وأحمد وهذا يدل على انه كان سمكا وان لم يكن سمكا فهو في حال الخمصة وفيها تحل الميتة والخنازير فما ظنك بصيد البحر وهو ظاهر بالاجماع والنصوص على تحريم الخنزير والسباع مطلقة فيتناول البري والبحري وأما الطافي فيكره أكله لقول جابر رضي الله عنه انه عليه الصلاة والسلام قال ما نضب عنه الماء فكلوا وما طفا فلا تأكلوا وعن جماعة من الصحابة مثله وهو حجة على مالك والشافعي في اباحتهما الطافي ولا دليل لهما فسار وبالان المراد بميتة البحر ما لفظه البحر حتى يكون موته مضافا الى البحر ولا يتناول ما مات فيه بمرض أو نحوه ثم الاصل فيه أنه متى عرف سبب موته كلفظة البحر أو بجسه في مكان كالطيرة الصغيرة الضيقة المتلفة بحيث يمكن أخذه من غير حيلة أو بابتلاع سمكة أو بقتل طير الماء اياها أو بانجماد الماء عليها فمات حل أكلها لان سبب موتها معلوم ولو ماتت من شدة حر الماء أو برده قيل تؤكل لان لموتها سببا معلوما وقيل لا تؤكل لان الماء لا يقتل السمك حارا كان أو باردا وان انحسر الماء عن بعضه ومات روى هشام عن محمد أنه ان كان رأسه في الماء لا يؤكل وان كان ذنبه في الماء ورأسه انحسر عنه الماء أكل لان خروج رأسه عن الماء سبب لموته فكان سبب موته معلوما بخلاف خروج ذنبه فاصله أن الشرط فيه أن يعلم أي سبب مات حتى لو أبان عضوه بضرب فانه يؤكل ويؤكل العضو أيضا قال رحمه الله (وحل بالذكاة كالجراد) أي حل السمك بالذكاة كالجراد لما روينا قال رحمه الله (ولو ذبح شاة فتحركت أو خرج الدم حل والا لا ان لم يدر حياته وان علم حل وان لم يتحرك ولم يخرج الدم) لان الحركة وخروج الدم لا يكونان الا من الحي لان الميت لا يتحرك ولا يخرج منه الدم فيكون وجودهما أو وجود أحدهما علامة الحياة فيحل وعدمهما علامة الموت فلا يحل الا اذا علم حياتها عند الذبح فيحل لان الاصل بقاء ما كان على ما كان فلا يحكم بزوال الحياة بالشك وذكر محمد بن مقاتل ان خرج الدم ولم يتحرك لا يحل لان الدم لا ينجمد عند موته فيجوز خروج الدم بعد الموت وهذا يتأتى في المخنقة والمتردية والنطيحة والتي يقر الذئب بطنها لان ذكاة هذه الاشياء محال وان كانت حياتها خفية في ظاهر الرواية لقوله تعالى الا ما ذكيتم وعن أبي حنيفة رحمه الله أنها تحل اذا كانت بحال تعيش يوما ولا الا الذكاة وعن أبي يوسف رحمه الله ان كان بحال لا يعيش مثله لا يحل وعن محمد رحمه الله ان كان بحال يعيش فوق ما يعيش المذبوح يحل والا فلا وسنبينها ان شاء الله تعالى في كتاب الصيد ولو ذبحت شاة مريضة ولم يتحرك منها الا فوها قال محمد بن سلمة ان فتحت فاها لا تؤكل وان ضمت عينها أكلت وان مدت رجلها لا تؤكل وان قبضت رجلها أكلت وان قام شعرها لا تؤكل وان قام شعرها أكلت وهذا صحيح لان الحيوان يسترخي بالموت ففتح الفم والعين ومد الرجل ونوم الشعر علامة الموت لانها استرخاء وضم الفم وتغميض العين وقبض الرجل وقيام الشعر ليست باسترخاء بل هي حركات تختص بالحي فتدل على حياته وقال قاضيخان هذا كله اذا لم يعلم حياته وقت الذبح وان علم حياته وقت الذبح أكل على كل حال ذكره في المحيط أيضا والله أعلم بالصواب

(تم الجزء الخامس ويليه الجزء السادس وأوله كتاب الاه